B 17
5
34
BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE - FIRENZE

R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI

DONATI DAL

DOTTOR ANNIBALE GIULIONI

GIURISTA

Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807
e morto il 1° Dicembre 1895 in Firenze.

16 Maggio 1896

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

MANUDUCTIO
AD
JURISPRUDENTIAM JUSTINIANEAM,
SIMPLICI VIA
PER
QUATUOR INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM LIBROS,
AD
Uſum Studioſæ Juventutis explanata, & accommodata:
IN DUAS PARTES DIVISA,

AUTHORE

JOANNE DOMINICO
PEREGRINI,
Juris Utriusque Doctore, Celſiſſimi ac Reverendiſſimi S. R. I. Excelſi Principis & Archi-Epiſcopi Salisburgenſis &c. &c. Conſiliario Actuali Aulico; In Alma & Archi-Epiſcopali Benedictina Univerſitate Salisburg. antea Inſtitutionum Imperialium, jam verò Pandectarum Profeſſore Publico Ordinario.

PARS II.

POSTERIORES DUOS INSTITUTIONUM IMPERIALIUM LIBROS COMPLECTENS.

EDITIO QUARTA.

SALISBURGI,
Typis & Impenſis Joannis Joſephi Mayr, Aulico-Academici Typographi p. m. Hæredis. 1754.

Digitized by Google

B. 17. 5. 34

Digitized by Google

Approbatio S. Facultatis Theologicæ.

UTI *Leges Civiles non dedignantur ſacros Canones imitari, ita & Sacrorum Statuta Canonum Principum Conſtitutionibûs adjuvantur c. 1. de N. O. N.* Et vel ideo propter arctam hanc inter hæc duo neceſſitudinem Sac. Facultas Theologica præſentem fideliſſimæ ad Juriſprudentiam Juſtinianeam Manuductionis ſecundam Partem ſua Approbatione juſtiſſimè, & libentiſſimè comitatur, præſertim, cùm in ea nihil contra Catholicæ Fidei, morúmque Chriſtianorum Canones deprehenderit, quò minùs quilibet Jurium amans inoffenſo pede regiam juſtitiæ ſemitam à Clariſſimo Authore jam elapsô abhinc bienniô publicis Typîs apertam, nunc verò ad optatum usque terminum tritam tutus ingrediatur. Nimirum *Via juſtorum absque offendiculo. Prov. 15. v. 19.* Sanè, ſi ipſimet Juris Oraculo Juſtiniano §. 2. Inſt. de J. & J. *Jura populi Romani ita videntur poſſe tradi commodiſſimè, ſi primò levi, ac ſimplici via, pòſt deinde diligentiſſima, atque exactiſſima interpretatione ſingula tradantur:* Manuductio hæc adeo Auguſtiſſimæ Imperatoris menti reſpondet, ut filo Ariadnæo jure comparetur, quô Jurium tyro, velut alter Theſeus ex labyrintheis tot Conſtitutionum, Decretorum, Legúmque ambagibus ſeſe leviſſimo Marte extricans rectum Juris tramitem inveniat, ipſéque Clariſſimus Author pro immortali ſua, quâ digniſſimus eſt, gloria illud *Prov. 4. v. 11.* ſibi in hac Manuductione proprium facere poſſit: *Viam Sapientiæ monſtrabo tibi, ducam te per ſemitas æquitatis.*

Ita cenſet, & Clariſſimo Authori animitùs aggratulatur

P. PLACIDUS RENZ, Ord. S. Bened.
ex Imperiali Monaſt. Weingartenſi, SS. Theol. Doctor, Ejusdémque in Moral. Profeſſ. Ordin. Celſiſſ. ac Reverendiſſ. S. R. I. Excelſi Principis, & Archi-Epiſcopi Salisburg. &c. &c. Conſiliar. Eccleſiaſt. Religioſi Convictûs Regens, & p. t. Sac. Facultatis Theologicæ Decanus.

AP-

Digitized by Google

APPROBATIO
FACULTATIS JURIDICÆ.

LIbrum III. & IV. Inſtitutionum Imperialium, quibûs Clariſſimus D. Author Manuductionem ſuam ad Jurisprudentiam Juſtinianeam feliciſſimè abſolvit, pro munere meo evolvi, eóſque tam præſtanti doctrinæ ſoliditate, ingenii fœcunditate, ſtyli claritate elaboratos inveni, ut non modò Jurium Tyrones inde Jus, ùt vocamus, planum, limpidáque Jurisprudentiæ elementa tutiſſimè haurire, Juris dubii & controverſi Sententias, rationum & argumentorum pondere munitiſſimas petere; verùm & deſideria illorum, qui Artis elegantias ſectantur, & ſecretiora Jurisprudentiæ penetralia ſubire cupiunt, abundè ſaturari queant. Atque ut paucîs Operis hujus elogium complectar; quidquid pene eruditionis in aliis ſummorum Virorum Libris hinc inde diſperſum occurrit, id compendioſa planiſſimáque Methodo, velut Iliadem in nuce, incluſum continet. Tantô igitur meritô ſuô prodeat in lucem publicam, & nomen Clariſſimi Authoris ſui immortalitati tranſcribat.

Ita cenſet

FRANCISCUS JOSEPHUS CAROLUS DE SCHLOSGANGL AB EDLENBACH, U. J. Doctor, Celſiſſ. ac Reverendiſſ. S.R.I. Excelſi Principis, & Archi-Epiſcopi Salisburg. &c. &c. Conſiliarius Aulicus, Pandect. Profeſſor Ordinarius, ac p. t. Facultatis Juridicæ Decanus.

IN-

Digitized by Google

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM,

Seu

D. Juſtiniani Sacratiſſimi Principis

LIBER III.

TITULUS I.

De hæreditatibus, quæ ab inteſtato deferuntur.

§. I.

Præmittuntur Generalia.

NOndum, ùt opinamur, memoria excidit, 1
dixiſſe nos *lib. priori tit. 10. in pr.* cauſas, ſeu titulos, per quos defertur hæreditas, duos eſſe TESTAMENTUM & LEGEM, hinc dari duplicem ſucceſſionem ex TESAMENTO & ab INTESTATO. Hactenus de illa actum fuit; jam de hac, quæ, utpote immediatè à lege delata, per quamdam eminentiam (quippe etiam teſtamentaria ita appellari poteſt *l. 130. ff. de V. S.*) *Legitima* nuncupatur, tractandum; deficiente enim diſpoſitione hominis ſuccedit diſpoſitio legis *arg. pr. Inſt. de leg. agnat. tut.* quam non malè dixeris fundari in tacita, vel, ſi mavis, præſumpta voluntate hominis, & quidem vel ſpeciali, in iis videlicet, qui potuiſſent facere teſtamentum, nec tamen fecerunt, vel generali reſpectu eorum, qui decedunt inteſtabiles; ſiquidem naturalis videtur præſum-

Digitized by Google

ptio (lege poſtea roborata) velle morientem, ut ſua bona potiùs ad conſanguineos, quàm extraneos deveniant. Poſſe autem quem quatuor modis diſcedere ab Inteſtato optimè advertit Imperator in *pr. Inſt. h.* I. Si omninò non fecit teſtamentum, vel quia noluit, vel non potuit. II. Si fecit, ſed non jure, omiſsis fortè debitis ſolemnitatibûs, adeóque invalidè. III. Si fecit validè quidem, ſed illicitè, puta, filium ſine juſta cauſa exhæredando ita, ut teſtamentum poſtea tanquam inofficioſum, aut alio modo rumpatur, vel irritetur. IV. Si fecit validè & licitè, hæres autem hæreditatem non adierit: his omnibus caſibus aperitur via ſucceſſioni ab inteſtato.

2 Ex his colliges, ſucceſſionem ab inteſtato commodè definiri poſſe, quòd ſit *facultas acquirendi hæreditatem citra expreſſam*, ſeu, ùt alii volunt, *directam hominis voluntatem jure delata.* Dicitur notanter: *citra expreſſam.* Adeſt tamen voluntas morientis tacita, aut ſaltem præſumpta. Dicitur: *ſeu directam*, qua phraſi uti debent illi, qui ſimpliciter admittunt, eos, qui relictô codicillô, ſeu fideicommiſsô, adeóque voluntate expreſsè declarata decedunt, adhuc decedere ab inteſtato, hoc ipſo, quòd teſtamentum non fecerint, atque hæreditatem directè non detulerint. Nos ejusmodi ſucceſſionem anomalam, ſeu mixtam putamus, adeóque partim (ſaltem utiliter) *Teſtamentariam*, quatenus & competit legatariis, & fideicommiſſariis actio utilis ex teſtamento, & ſimul obſervari debet modus ſuccedendi à fideicommittente præſcriptus *l. 32. §. f. ff. de leg. 2.* partim *Legitimam* quatenus, utpote non exiſtente teſtamento, à quo quis teſtatus dicitur, directè hæredes ab inteſtato ſuccedunt, iiſque ordine legitimo hæreditas (eſto aliis reſtituenda) defertur. *Stryk. de ſucc. ab inteſt. diſſ. 1. c. 1. §. 21. & ſeq.* Dicitur demum *jure delata:* Jus autem, quo defertur hæreditas (ſaltem quoad modum) eſt vel civile, vel prætorium, hinc etiam ſucceſſio hæc

3 Alia eſt Civilis, alia Prætoria (Pactitia nempe non eſt noſtri fori) *Illa* defertur ex diſpoſitione Juris civilis: *Hæc* obtinetur ex æquitate Prætoris, vocatúrque Bonorum Poſſeſſio, de qua infrà *tit. 10.*

Alia eſt rurſus (à modo) ſucceſſio in Capita, alia in Stirpes: *Prior eſt*, quando fiunt tot partes, quot perſonæ, ſeu quando hæreditas inter hæredes æqualiter, & ſervata proportione arithmetica dividitur: *Poſterior* quando fiunt tot partes, quot ſunt ſtirpes, id eſt, quando non attenditur numerus perſonarum, ſed juxta ſtirpes attenta proportione Geometrica hæreditas diſtribuitur: illa obtinet, quando hæredes ſuccedunt nomine propriò; hæc, quando jure repræſentationis veniunt, quod tunc locum habet, quando remotiores, ne excludantur à proximioribus, juris beneficiô, repræſentant ſuos aſcendentes. En utriusque exemplum.

Ti-

Digitized by Google

Titius quatuor relictis liberis decedit: fit ſucceſſio in capita, quia omnes veniunt nomine proprio. Fac econtra, defunctum relinquere duos filios, & ex aliis duobus filiis prædefunctis nepotes ex uno tres, ex alio quinque: hic filii veniunt in capita, nepotes in ſtirpes ita, ut repræſentent ſuos parentes, & fiant quidem quatuor partes, ſed duas capiant filii, tertiam jure repræſentationis tres nepotes ex primo filio præmortuo, quartam verò quinque ex altero filio, qui priùs deceſſerat: hoc quippe caſu nepotibus in ſecundo gradu exiſtentibus opus eſt jure repræſentationis, aliàs per filios, qui primum obtinent cum defuncto gradum, excludendis. Cave tamen, ne hoc jus repræſentationis nimiùm extendas: quamvis enim in linea deſcendenti ſe in infinitum extendat, ùt egregiè deducit *laud. Stryck. l. cit. c. 2. §. 34.* adeò, ut, ſi defunctus relinqueret unum filium, & ex alio filio prædefuncto trinepotes, vel ultra, iſti cum filio in ſtirpes ſuccederent, illámque ipſam portionem caperent, quam eorum Atavus, ſi viveret, acquiſiturus eſſet; *§. 6. h. t.* In linea tamen aſcendenti planè non obtinet, cùm repræſentare ſit ſuccedere in locum illius, qui nos genuit: Et in linea collaterali ſolummodò locum habet usque ad tertium gradum incluſivè, ſeu usque ad fratrum filios. Uti ex infrà dicendis clariùs patebit.

Succeſſio ab inteſtato probabiliùs refertur quoad ſubſtantiam ad 4
Jus naturale (a) tanquam ad ſuam *Cauſam Efficientem*, eſto, quoad modum (quòd ſcilicet aſcendentes v. gr. præferantur collateralibus, quòd jus repræſentationis in his tantùm obtineat in tertio gradu &c.) ſpectet ad Jus civile: poſterius membrum apud omnes eſt in confeſſo: & ſimul colligitur ex *l. 8. ff. de hær. pet.* & *l. 2. §. 4. ff. de ſuis, & leg. hær.* Ratio prioris deducitur ex dictis ſupra *de teſtam. ordin. num. 4.* ſiquidem eadem eſt vis voluntatis tacitæ, ſeu præſumptæ, in qua fundatur ſucceſſio ab inteſtato, quæ eſt voluntatis expreſſæ, à qua teſtamenta ſuum ſortiuntur effectum: quis enim credat, velle defunctum, fieri bona ſua vacantia, vel extraneum ſæpè inimicum, aut indignum præferri conſanguineis, imò non rarò filiis? Certè hanc æquitatem, ſeu etiam neceſſitatem (ſaltem hypotheticam) naturalem optimè noverunt Impp. Arcadius & Honorius in *l. fin. C. quor. bon.* ubi ingenuè fatentur, quòd *Prudentium reſponſa om-*

(a) Nec non ad Divinum. vid. *Numer. 27. v. 8.* Ad Rom. *8. v. 17.* ibi: *Si filii: ergo & hæredes.* Item *2. Corinth. 12. v. 14.* Imo & ad Jus Gentium, quoniam & apud Gentes Barbaras hæc ſucceſſio fuit recepta. Nec eſt verbi quæſtio, cùm juxta hanc ſententiam non poſſit planè abrogari, ita ut bona fiant vacantia; vel indiſtinctè cedant fiſco. Ergo, ſubinfers, hæreditas transfertur ipſo jure contra dicta *de R. D.*? Ita eſt ſuppoſita occupatione, quod ibidem dictis non repugnat. Ergo, pergis, nemo poterit condere teſtamentum? Negatur illatum, cùm hæc ſucceſſio tantùm ſit introducta in defectum ſucceſſionis teſtamentariæ.

nia & LEX ipſa NATURÆ ſucceſſores eos (conſanguineos) *FACIANT.* Et hanc ſententiam poſt Hugonem Grotium de *J. B. & P. lib. 2. c. 7. §. 3.* defendit cum aliis *Magnif. P. Schmier Jurisp. Can. Civ. lib. 3. tr. 4. part. 2. c. 1. n. 17.* ubi etiam reſpondet ad contraria, quibus tamen ex dictis facilè ſatisfiet: Illud planè nil evincit, quòd etiam ſtante hac ſententia hæreditas quandoque obveniret indignis, atque ingratis; nam imprimis lex naturalis quoque indignos excludit, deinde ob unum, vel alterum caſum particularem, qui evenire poſſet, haud videtur ſubvertenda generalis æquitas, quæ pugnat pro conſanguineis innocentibus.

5 Subjectum hujus ſucceſſionis ſunt ii, quibus hæreditas ab inteſtato defertur; defertur autem proximis defuncti conſanguineis, pro quibus tamdiu pugnat præſumptio, donec probetur teſtamentum eſſe conditum, cùm hoc ſit facti, illud juris, *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. n. 3.* Dictum fuit *proximis*, facta tamen computatione graduum, juxta regulas Juris civilis, de quibus revideantur dicta *lib. 1. tit. 10. part. 2. §. 2. n. 35.* Dictum fuit: *conſanguineis.* Intellige capacibus, quorum numerò veniunt omnes, qui aliàs ſunt bonorum capaces, nec ſimpliciter prohibentur: de his videri poſſunt dicta *lib. 2. tit. 14. n. 2.* Quibus addimus I. omnes illos, qui ejusmodi cauſam ingratitudinis commiſerunt, vi cujus defunctus non potuit facere teſtamentum: *Hopp. ad §. 5. de exhær. lib. verſ. non tamen*, uti ſunt, qui illum à captivitate, vel carcere non redemerunt, *Auth. ſi captivi C. de Epiſc. & Cler.* vel etiam teſtari prohibuerunt, aut coëgerunt facere teſtamentum in ſui favorem *l. 1. & 2. ff. l. 1. & 2. C. ſi quis aliq. teſtar. prohib.* II. eos, qui ſe hæreditate indignos reddiderunt, quò ſpectant, qui eum, cui aliàs ſucceſſiſſent, occiderunt, *l. 8. ff. l. 10. C. de his quib. ut indig.* vel necem ejus ab alio commiſſam non vindicârunt, *l. 5. §. fin. l. 15. §. 1. & 2. ff. ad SC. Silan.* quod tamen ab uſu receſſiſſe, teſtatur *Struv. ad Pand. Exercit. 34. th. 50.* vel defuncto palam maledixerunt, aut infauſtas voces erga illum jactârunt *l. 9. §. 1. ff. de his, quæ ut indig.* aut ſtatûs controverſiam moverunt; *d. l. 9. §. 2.*

6 Forma ſucceſſionis ab inteſtato conſiſtit in modo, quo conſanguinei vocantur. Ubi ſecernendum Jus vetus à Jure novo. uti enim in ſucceſſione Teſtamentaria multa immutata vidimus, ita in Legali vix non totaliter à Jure antiquo receſſum eſt; Equidem Jure veteri (qui jure noviſſimo res ſe habeat; dabit *§. ſequens*) *primò locô* veniebant hæredes SUI excluſis (Jure civili non tamen prætorio) emancipatis *§. 9. h.* Et de hac agitur in præſenti *tit.* His deficientibûs. *Secundò locô* admittebantur AGNATI, cognatis videlicet excluſis, unde ſequitur *TIT. II. DE LEG. AGNAT. SUCCESS.* Idcirco fratres germani, & conſanguinei ſimul admittebantur ad hæreditatem fratris defuncti, *arg. §. 1. d. tit.* Neque in

linea collaterali obtinebat jus repræſentationis, ſed proximior indiſtinctè excludebat remotiorem *§. 5. eod.* Jus enim repræſentationis tantùm habebat locum in hæredibus ſuis ob dominii continuationem, ùt optimè advertit *Vinn. ad §. 6. b. t. n. 2.* Neque fœminæ ad ſucceſſionem invitabantur, *§. 3. & ibi cit. Vinn. de leg. Agnat. ſucc.* Ita quidem, ut neque mater filiis, vel filiabus, nec illi illi ſuccedere potuerint, cùm Lege 12. Tab. tantùm vocati fuerint Sui, & Agnati; filii autem, & filiæ reſpectu matris nec ſui, nec agnati ſunt, donec ex SCto Tertulliano, quô mater ingenua trium-libertina quatuor liberorum ad ſucceſſionem filiorum, atque SCto Orphitiano, quo filii ad matris hæreditatem vocantur, hoc immutatum fuerit. Unde occurrunt *TIT. III. & IV. DE SCTO TERTULLIANO ET ORPHITIANO.* Tertio ordine videlicet poſt ſuos, illóſque, qui jure prætorio ſuorum locô habebantur, *vid. §. 8. b.* & Agnatos invitabantur ex æquitate prætoria COGNATI. Inde ordine ſe exhibet *TIT. V. DE SUCCESSIONE COGNATORUM.* Hoc inſuper inter Agnatos & Cognatos intercedebat diſcrimen, quòd cognati tantùm fuerint admiſſi usque ad ſextum cognationis gradum. Agnati verò etiam ultra etſi decimo gradu (quod tamen probabilius exempli locô ponitur) conjuncti fuerint, unde meritò ſubnectitur *TIT. VI. DE GRADIBUS COGNATIONUM.* Nec non *TIT. VII. DE SERVILI COGNATIONE*, quâ cavebatur, ut nati ex ſervis, ancillíſque, ſi parentibus manumiſſis ipſi quoque manumiſſi fuerint, eis ab inteſtato ante patronos, à quibus antea excludebantur, ſuccedant, iis autem non exiſtentibus primùm (ex conſtitutione Juſtiniani) vocentur patroni, aut, his prædefunctis, eorum liberi *§. 3. & tot. TIT. VIII. DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.* Poterat tamen Patronus habens plures liberos uni ex iis aſſignare libertum ſuum, ut ille ſolus patronus fieret, *tot. TIT. IX. DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.* Quo caſu ille ſolus deinde liberto ab inteſtato ſuccedebat.

Effectus ſucceſſionis ab inteſtato idem proportionaliter eſt, ac ſucceſſionis teſtamentariæ: *revid. dicta tit. 19. lib. 2.* Ad contraria reduci poſſunt hæredis incapacitas, indignitas, aut factio teſtamenti, quæ omnia ſucceſſionem hanc impediunt. 7

§. II.

De ordine ſuccedendi Jure noviſſimo.

Abrogatis modis ſuccedendi, de quibus pro aliquali hiſtoriæ notitia hactenus, Imperator in decantata *nov. 118. c. 1. 2. & 3.* alios ſubſtituit, eóſque in tres ſuccedendi ordines clara, compendioſáque, ùt ait, methodô, diviſit, nimirum Deſcendentium, Aſcendentium, & Collateralium.

Digitized by Google

8 *Primò itaque ordine* veniunt *Deſcendentes*, tam NATI, quàm NASCITURI, cùm in favorabilibus habeantur pro natis, *l. 7. & 26. ff. de ſtatu hom.* tam MASCULI, quàm FOEMINÆ, omnis quippe differentia ſublata eſt, in *d. nov. 118. c. 1.* tam SUI, quàm EMANCIPATI, *d. nov. & c.* tam *primò* - quàm *ſecundò* - GENITI. Limita, ſi jus primogenituræ receptum ſit. Tam IMMEDIATI, id eſt, Filii, quàm MEDIATI, ſcilicet Nepotes, (a) Pronepotes, & deinceps: Immediati in capita, Mediati in ſtirpes, *§. 6. h. t. d. nov. & c.* Niſi mediati ſoli ſint, & ex una tantùm ſtirpe, ſeu familia, hic enim fit ſucceſſio in capita. Pone Titium relinquere ex filio præmortuo quatuor Nepotes : fiunt quatuor partes. Dixi : *ſi ſoli ſint*, ſi enim mediati ex diverſa ſtirpe, id eſt, ex pluribus filiis concurrant, adhuc fit ſucceſſio in ſtirpes *d. nov. & c.* Quamvis enim ſuô modô jure proprio ſuccedere videantur, ùt probant ea, quæ habet *Voët. ff. ad SCtum Tert. n. 4.* quoad modum tamen veniunt jure repræſentationis, vid. deſuper *Theſ. Jur. ff. quis ord. in poſſ. ſerv. n. 15.* tam LAICI, quàm CLERICI, atque MONACHI, ita tamen, ut horum hæreditas Monaſterio (ſi ſit bonorum capax) & quidem probabiliùs citra voluntatem ipſius Monachi acquiratur *arg. nov. 123. c. 38.* indé-

(a) Num veniant nepotes, ſi eorum pater ſe non immiſceat, & ita moriatur? Uti certum eſt, non venire jure civili veteri, ùt hæredes ſuos, & jure proprio, cum in ſuis hæredibus non obtineat ſucceſſio. *l. 1. §. 8. ff. de ſuis, & leg. hæred.* ſuitas quippe in uno tantùm gradu conſiſtit, & conſumitur; hinc fieri non poteſt, quòd ille, cui pater, tanquam hæres ſuus obſtat, jure ſuitatis venire poſſit; Ita extra dubium eſt, admitti jure Prætorio. *l. 5. §. fin. ff. juncta l. fin. C. unde lib.* Nec officit priori membro, quòd pater in effectu non fuerit hæres; conſequenter nec poterit obſtare : Nam hoc Jure Civili (ſecus Prætorio) falſum eſt. *§. 2. de hæred. qualit. & differ.* juncta *l. 88. ff. de hæred. inſtit.* Num neque ùt Agnati? Neque; quia jure civili jam filius (id eſt eorum pater) fuit, & manet hæres : Imò jure civili liberi, qui non ſunt ſui, neque ſunt agnati. *l. 7. pr. ff. ſi tab. teſtam. null. extab.* Cui non obſtat *l. 6. C. de leg. hæred.* ubi ſuis abſtinentibus frater admittitur; Nam hoc potiùs confirmat noſtram ſententiam, dum non nepos, ſed frater admittitur. Accedit, quòd in collateralibus non attendatur ſuitas, quæ in uno abſolvitur, ſed Jus agnationis, quod obtinet reſpectu omnium, eſto ſint in gradu diverſo; nec unius jus (ut in ſuis) ab altero dependet. *Et ita etiam* explicationem recipit *§. 7. de leg. agnat. ſucceſſ.* Num neque noviſſimo vi *nov. 118. c. 1.*? Neque, quia deficit correctio juris antiqui : Admittit equidem *cit. nov.* nepotes, ſed primùm, ſi eorum pater ante avum deceſſerit; non autem eo vivo, jus quippe ſuccedendi in filio à patre dependet. Dicta tamen hactenus eo collimant, quod non admittatur nepos jurè proprio, adeóque repudiando hæreditatem patris, niſi ex beneficio Prætoris *l. ult. C. und. lib.* Secus enim dicendum, ſi adeat hæreditatem patris; quia illius perſonam repræſentat, ſive ſuus ſit, ſive emancipatus; cùm hæreditas, ſi non jure ſuitatis, ſaltem jure ſanguinis in deſcendentes tranſmittatur *l. un. C. de his qui ant. apert. l. 14. C. de jur. delib.* Paucis : repudiata hæreditate paterna nepotes tantùm jure Prætorio : illâ aditâ, etiam civili admittuntur. Multum autem intereſſe, præſertim ratione temporis, notum eſt aliunde.

Digitized by Google

déque deſumptæ, *Auth. ſi qua mulier C. de SS. EE. c. 16. cauſ. 16. q. 2.* quia Religioſus nec velle ampliùs, nec nolle habet, *c. ult. de teſtam. in 6.* Neque officit paritas, quòd hæreditas non acquiratur Domino, niſi per aditionem ſervi, *arg. l. 3. C. de hæred. inſt.* Nam nimis abjectè Religioſus cum ſervo æquiparatur : honeſtior erit inſtantia à filiofamilias ad patrem deſumpta ex *l. ult. pr. C. de bon. quæ lib.* ubi filiofamilias hæreditatem recuſante, patrem, etiam filio invito, eam adire poſſe, decernitur. Tam LEGITIMI, quàm LEGITIMATI, ſive per ſubſequens matrimonium, *arg. c. 6. qui fil. ſint leg. l. 11. C. de nat. lib. nov. 89. c. 7. & 9.* ſive etiam per Reſcriptum Principis, ſi tempore legitimationis legitimi non aderant, vel aderant quidem, ſed Princeps requiſitus eo effectu expreſsè legitimavit, ut cum legitimis ſuccedant. Nec enim Legislatoris poteſtatem videtur excedere, ut legitimati cum legitimè natis ad ſucceſſionem admittantur, quia his non tam tollitur, quàm potiùs jus quæſitum, quodammodo reſtringitur, ac limitatur *Stryck. d. diſp. 1. c. 2. §. 74.* jungatur *Voët. cit. tit. n. 10.* ILLEGITIMI, & quidem NATURALES (idem dicendum de SPURIIS, niſi mater ſit illuſtris, *l. 5. C. ad SCtum Orphit.)* ſuccedunt matri, aliíſque aſcendentibus maternis æqualiter cum legitimè natis, non item patri, niſi in duabus unciis cum matre dividendis, caſu quo non adſit proles legitima, *nov. 89. c. 12. §. 4. & 5.* Spurii patri nullatenus ſuccedunt, quia eum, utpote nimis incertum, non habere intelliguntur, *arg. l. 23. ff. de ſtat. hom.* Quòd ſi ſint ex thoro damnato v. g. inceſtuoſi, nefarii, adulterini, ſacrilegi, de quibus vid. *lib. 1. tit. 3. n. 3.* neque patri, neque matri ſuccedunt, *nov. 74. c. ult. d. nov. 89. c. 12.* Tam NATURALES, & LEGITIMI ſimul, quàm LEGITIMI tantùm (intellige, ſi agatur de ſucceſſione paterna, quam ſolummodo tribuit adoptio, *arg. l. 10. §. 1. verſ. quis enim C. de adopt.)* quales ſunt ADOPTATI, tam adoptione perfecta, quàm imperfecta, dummodo hæc poſterior (illa enim, etſi ſolvatur, ſuppoſitô, quòd adoptatus ſit gradu proximus, non nocet, *arg. d. nov. 118. c. 1. Stryck loc. cit. §. 43.* cùm maneat vinculum naturale) duraverit usque ad mortem, *§. 2. de adopt. d. l. 10. §. 1. & 2. C. eod.* (a) Et ARROGATI, ſi rurſus arrogatio usque ad

(a) Adeóque excludunt Aſcendentes, non tantùm pâtrem & Avum, quorum conſenſu fit adoptio; ſed etiam matrem, aut Aviam adoptantis *l. 2. §. 6. ff. ad S. C. Tertùll.* qui textus nullibi fuit correctus. Inquies equidem, malè huc applicari, cùm ſit intelligendus de adoptione perfecta; alia quippe jure Pandectarum non datur. Benè dicis; ſed in hoc paſſu quoad ſucceſſionem ab inteſtato nihil fuit immutatum, cùm maneant, etiam imperfectè adoptati, deſcendentes. *l. 10. §. pen. C de adopt.* Dices cum Stryck *de Succeſſ. ab inteſt. Diſp. 1. c. 2. §. 38.* deberi matri adoptantis legitimam, cui adoptans non potuit adoptando præjudicare. Negamus, exiſtente adoptivo, deberi matri legitimam, vel non poſſe (ſaltem indirectè) ei præjudicari. Nonne potuiſſet adoptans uxorem ducere, & ita filios procreando præjudicare matri?

ad mortem duraverit; ea enim ſoluta, ſi puberes ſint, non ſuccedunt, ſi impuberes, præter bona propria, caſu quo non præceſſerit juſta cauſa exhæredationis, acquirunt quartam, ùt vocant, Pianam, *§.3. & Nos ibid. num. 8. de adopt.*

9 Verùm, quid de adoptatis dicemus, num & ſimul ſuccedant patri ſuo naturali? Jure veteri non ſuccedebant, uti patet ex *§. 14. de hæredit. quæ ab inteſtato def.* Tranſibant enim, nexu erga patrem naturalem ſoluto, indiſtinctè in poteſtatem patris adoptivi, *arg. l. 32. & 33. ff. de adopt.* Jure Codicis Adoptivos adoptione perfecta tantùm patri adoptanti, non item naturali; imperfecta verò utrique ſuccedere, ſat clarè deciſum legitur in *l. 10. in fin. pr. C. de Adopt. & §. 2. Inſt. d. t.* Jure noviſſimo, de quo dubium vertitur, exiſtimamus adoptatos indiſtinctè, & quacunque adoptione admittendos ſimul ad ſucceſſionem patris naturalis, cùm in ſæpè *d. nov. 118. c. 1.* deſcendentes indiſtinctè, & ſpectato præcipuè vinculo, nexúque naturali, ad ſucceſſionem Aſcendentium vocentur. Accedit, quòd tota ratio, cur adoptatus adoptione perfecta ſoli patri adoptanti non etiam naturali ſucceſſerit, in eo ſita erat, *quia in unam perſonam concurrunt, & naturalia, & adoptionis jura*, ùt loquitur Imperator in *d. l. 10. pr. C. de adopt.* etiam *maneat ſtabile jus patris adoptivi, & naturali vinculo copulatum, & legitimò adoptionis modò conſtrictum, & ad EUM SOLUM reſpiciat filius, cui eum, & natura aggregavit, & lex per adoptionem aſſignavit*, atqui hæc ratio vinculi, patriæ ſcilicet poteſtatis, jure *cit. nov.* ceſſat : ibi *ſive ſuæ poteſtatis, ſive ſub poteſtate ſint conſtituti.* Et quamvis patri adoptivo duplici vinculo ſit alligatus naturali videlicet, & civili, non tamen ſequitur, quòd vinculum naturale reſpectu patris naturalis planè ſit ſolutum, aut ruptum, ut eidem ſimul non poſſit ſuccedere. Neque paradoxum eſt, ùt quibusdam videtur, habere duos patres (diverſo reſpectu) uti patet in adoptato adoptione imperfecta, qui utrique patri & naturali, & adoptivo ſuccedit. Hanc ſententiam poſt *Stryck. d. diſp. c. 2. §. 39.* & alios defendit ſuprà laudatus *D. D. Franzb. n. 23.*

Si dicas cum *Bachov. cit. nov. 118.* ad hunc caſum non eſſe extendendam. Negamus cum *alleg. Stryck.* fieri extenſionem: ſed hoc unicè contendimus per *d. nov.* eſſe impedimentum emancipationis, quod priùs ſuberat, generaliter ſublatum, conſequenter in *hac nov.* quoad adoptivos, ùt benè hactenus diſcurrit *Bachovius*, nil eſt immutatum, de his enim ibi altum ſilentium, ſed aliquid tamen mutatum eſt circa ſucceſſionem naturalium, quibus emancipatio, quam patiuntur adoptati adoptione perfecta, vi *cit. nov.* non ampliùs obeſt. Deſcendentes igitur ſine ullo diſcrimine ſexûs, vel gradûs ita ſuccedunt, ut omnibus defuncti tum aſcendentibus, tum collateralibus, etſi gradu longè proximioribus, abſolutè præ-

præferantur, uti legenti textum patebit. Neque hoc ſine ratione; ſiquidem his naturæ ſimul, & parentum commune votum hæreditatem attribuit, *l. 7. §. 1. ſi tab. teſtam. null. extab. l. 7. pr. ff. de bonis damnat.* cùm amor & affectus naturalis potiùs deſcendat, quàm aſcendat.

Sed, quid, ſi concurrant liberi diverſi matrimonii? Quoad bona 10
parentum propria quilibet ſuccedit ſuo proprio parenti, adeóque conſanguinei ſimul patri, uterini ſuæ matri ſuccedunt, *l. 4. C. de ſecund. nupt. arg. cit. nov. 118. c. 1.* In lucris nuptialibus illud obſervatur, ut itidem unusquisque liberorum matris ſuæ lucra nuptialia, & patris ſui lucra dotalia (in quibus tamen parentes ad dies vitæ, amiſsa in pœnam ſecundarum nuptiarum proprietate, uſumfructum retinuerunt) acquirat. Exemplo res fiet clarior. Sempronius habens in bonis duodecim millia, uxorem ducit, à qua in dotem acquirit alia duodecim millia, eo pacto, ut, ſi uxorem ſupervivat, dimidiam dotis partem, adeóque ſex millia lucretur: Jam uxorem ſupervivit, & ita ſex millia lucri dotalis nomine nanciſcitur: poſtmodum aliam uxorem, dote ejusdem quantitatis numerata, parique de ea lucranda conventione inita, ducit, atque illam rurſus ſupervivit, adsúntque liberi ex diverſo matrimonio: Hoc caſu bona, quæ ante nuptias utrasque habuit, hoc eſt illa 12000. æqualiter inter liberos utriusque matrimonii, utpote conſanguineos, dividuntur: In iis ſex millibus, quæ lucratus fuit à prima uxore, ſuccedunt liberi primi matrimonii, quia tranſeundo ad ſecundas nuptias amiſit eorum proprietatem, & ita obveniunt liberis primi thori. In aliis ſex millibus, quæ nactus eſt ab altera conjuge, rurſus omnes æqualiter ſuccedunt. Cur tam variè? ideo, quia hoc lucrum poſterius, cùm ad alias nuptias non tranſierit, retinuit, manſítque illud etiam quoad proprietatem inter bona paterna: in reliquis bonis uxorum quilibet ſuccedit ſuæ propriæ matri. Ita colligimus ex *nov. 22. c. 23. 25. 26. 29. & 46. §. 1. & 2.* Ita quoad rem *Stryck. d. diſp. 1. cap. 2. §. 7. & ſeqq.* (a) Hæc de ſucceſſione deſcendentium.

(a) Heus tu! ſiſte gradum! (ita revocantem audio) & retroſpice, ſimúlque reſponde ad textus huic tuæ opinioni, quam incautè venditas, in terminis, ut aiunt, terminantibus contrariantes! Audiamus itaque. Primum ſubminiſtrant Honorius & Theodoſ. *in l. 4. C. de ſecund. nupt.* ubi, poſtquam juxta priores ſanctiones (quæ tamen, teſte Gothofr. ad hunc text. deſiderantur) bona materna pervenire ad liberos (uterinos) his ferè verbis: *Tamen quod mulier mariti largitate percepit, tantùm liberi ex illo matrimonio procreati, tanquam patrimonium paternum ſibi vindicent.* dixerat, ita pergit: *Itaque ſi habens filios ad ſecundas nuptias fortaſſe tranſierit SPONSALITIAM LARGITATEM, quam vir ſecundus contulit in uxorem, TANTUM-*

Secundo ordine veniunt ASCENDENTES, ſi nimirum turbato mortalitatis ordine deſcendentes ſine propriis deſcendentibus præmoriantur, ſæpe *d. nov. 118. c. 2.* ibi: *Si igitur defunctus deſcendentes quidem non relinquat hæredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes eis ſuperſint omnibus ex latere cognatis hos præponi ſancimus.* Hic duplex regula notanda: *Pri-*

TUMMODO FILII, QUI EX SECUNDO MATRIMONIO SUSCEPTI SUNT, PRO SOLIDITATE POSSIDEANT; NEC PROSIT LIBERIS EX PRIORI SUECEPTIS MATRIMONIO, QUOD MULIER AD TERTIA MINIME VOTA MIGRAVERIT. Quid, inſis, clarius? Clara hæc ſunt, non diffiteor; Sed quid tibi proſunt? Aut mihi obſtant? Sermo eſt de ſponſalitia largitate, & quidem proprie dicta, uti colligitur ex verbis ſequentibus. Ibi: *Quòd ſi poſterior vir ſine liberis ex eodem matrimonio ſuſceptis deceſſerit, quidquid ab EO EX SPONSALIUM LARGITATE uxor fuerit conſecuta, id ſibi, jurique ſuo ſciat eſſe collatum, etiamſi ex priore matimonio donator filios reliquiſſe doceatur.* Ratio eſt, quia dominium ſecutis nuptiis eſt perfectè translatum. Quæ deciſio de alia largitate, nempe de donatione propter nuptias, ut non pauci perperam volunt, non poteſt intelligi, tum quia hæc donatio (præſcindendo à pactis aliis, de quibus in textu nec GRT habetus, nec opus eſt aliquid ſupponi) ſoluto matrimonio non penes uxorem; ſed ipſo jure (ſicut dos ad uxorem) ad maritum revertitur; tum etiam, quia viciſſim de ſponſalitia largitate uxoris erga maritum in textu ideo nulla fit mentio, cùm hæc (ſecùs de dotis conſtitutione) raro contingat, *l. 16. C. de donat. ante nupt.* Quid, quòd ſi textus loqueretur de lucris ſpeciali pacto quæſitis, de quibus impræſentiarum ſermo eſt, & in hoc textu nec per ſomnium agitur, ſeu tractatur, ſuperſtes, etiam pro caſu exiſtentium liberorum, ſaltem retineret uſumfructum, de quo tamen in textu rurſus nihil, ceu aliàs fieri ſolet, memoratur. Accedit, quòd, ſi textus hic tam preſsè, adeóque de pactis lucrativis ſumi contendas, nimis ſit bonus: probaret enim conjugem amittere lucra nuptialia primi matrimonii, eſto, non tranſeat ad ſecundam, quod tamen ſalva ſubſiſtentia *l. 3. & 5. de ſecund. nupt.* dici nullatenus poteſt. Sequela elucet ex ipſa *l. 4. C. d. t.* Equidem intentio Imperatorum ibid. fuit, ut *id, quod mulier mariti largitate percepit* (ſic ſonant verba initialia) *id ex eo tantùm liberi conjugio procreati ſibi ſpecialia tanquam paternum noverint patrimonium vindicandum.* Hæc eſt utique poſitio generalis & indiſtincta. At, inſis, diſtinguit per ſubnexum exemplum. Verum reponimus; Exempla non eſſe menſuram legum. Deinde poſitionem initio datam verbis finalibus ita corroborat: *Nos enim hac lege id præcipuè cuſtodiendum eſſe decernimus, ut* (nempe ſi non adſint pacta de lucranda dote &c.) *ex quocunque conjugio* (adeóque ſive primo, ſive ſecundo &c.) *ſuſcepti filii PATRUM* (quippe ſponſalitia largitas regulariter ſolum in patribus obtinet, conſequenter non ait PARENTUM) *ſuorum ſponſalitias retineant facultates.* Sit ergo, inſtando, replicas, clarior textus *in nov. 22. c. 29.* quæ in ſpecie de antenuptiali, ſeu propter nuptias donatione (idémque de dote. Verſ. ex rerum vero) ita habet, & ſtatuit. *Quia ſi mulier filiis procreatis ad ſecundas veniat nuptias, & exinde ei naſcantur alii filii, deinde etiam ſecundus vir moriatur, ejus quidem proprias res ex ambobus matrimoniis percipient filii, inteſtata matre moriente ex aqua & ſimili di-*

vi-

Prima eſt, quòd in hac linea *ſemper proximior excludat remotiorem*, cùm ex ſuperiùs dictis nullum jus repræſentationis obtineat, *d. nov. 118. c. 2.* ibi: *ſi autem plurimi aſcendentium vivunt, hos præponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur. Altera* eſt, *quòd jura ſucceſſionis ſint reciproca*, hoc eſt: In iis caſibus, ubi Deſcendentes ſuccedunt Aſcendentibus, in iis etiam viciſſim Aſcendentes ſuccedunt Deſcendentibus, *l. 11. C. de leg. hered.* Idcirco ſicut filius naturalis tantùm matri, non item patri (regulariter) ſuccedit, ita vice verſa eidem tantùm mater, non pater ſuc-

B 2 ce-

viſioni: *Antenuptialem verò donationem utraque ſoboles proprii accipiet parentis: & ex ſolido quidem prioris matrimonii filii illius lucrabuntur donationem: Ex ſolido quoque ex ſecundis nati ſeminibus ab illo facta fruuntur munificentia, licèt non ad tertium illa mulier matrimonium venerit. Quid enim hoc prioribus proſit? Quid autem invideant priores filii ſecundis, ſi non & illis tertiis injuriam paſſi ſunt nuptiis?* Id quod paulo pòſt repetitur: *Quamvis, quæ ſecundas contraxit nuptias, ad tertia minimè migraverit vota.* Clara rurſus hæc ſunt; ſed ad noſtram hypotheſin prorſus impertinentia. Ubinam, ſodes! verbulum de lucranda dote, aut donatione propter nuptias? Et ubi verbulum de retinendo in ſimilibus caſibus à ſuperſtite uſufructu? Nònne ajunt t. *EX SOLIDO* adeóque cum uſufructu? Hujus *nov. caput* nil aliud ſtatuit, ſeu potius declarat, quàm tum dotem, tum donationem propter nuptias, præſcindendo à pactis dotalibus, tam primis, quàm ſecundis nuptiis redire integraliter ad ſuum fontem. De hoc, clamitas, non erat dubium! Damus & hoc (neque enim reſolvitur per modum dubii) & dicimus Imperatorem tantùm declaràſſe priores leges. De pactis aliiſque modis inter conjuges lucrativis primùm tractat *in §. 1. cit. cap. 29.* ubi his formalibus pergit: *Reliqua verò, quæcunque in talibus* (id eſt in dote ſeu antenuptiali donatione) *lucratus eſt* (aliter quàm per pactum hoc membrum intelligi vix poteſt) *pater aut mater EX SECUNDIS NUPTIIS, aut per legatum forſitan, ſive fideicommiſſum NON TAMEN AD TERTIAS VENERUNT NUPTIAS, HÆC COMMIXTA EORUM SUBSTANTIÆ ET A TERTIIS NON MUTILÁTA MATRIMONIIS, maneant apud eos immota & ad eorum, velut propria, ſucceſſiones perveniant, aut etiam à ſuperſtitibus, quo volunt, diſponantur modo.* Qui hæc ſapiunt? An iſta ſpecie rationis inducunt? Vide ſis potiùs, ne quas ſequeris, rationes te inducant. Ita labimur, dum vel in gratiam, vel textibus non ex integro perlectis contra monitum Celſi *in l. 24. ff. de ll.* hanc vel illam opinionem amplectimur. Vel, ſi legiſti, cur non explicas. An fortè hunc textum reſponſione indignum judicas? Mihi profectò, ni me omnia fallant, non ita videtur. Dicés fortaſſis, textum capiendum, ſi ex illo matrimonio non adſint liberi. At tunc retineses lucra eſto ad tertia vota convolaverit. Si ulteriùs dicas, *hunc §.* tantùm loqui de actibus ultimæ voluntatis. Imprimis hoc ſupra negavimus, & deinde avidiſſimè exſpectamus rationem diſcriminis, cur retineat ſecundò nubens relicta per actus ultimæ voluntatis, ſi non tranſeat ad tertia vota, & cur non etiam per pactum quæſita? Ut nihil dicam, hanc reſponſionem pugnare contra textus apertos *in l. 3. & 5. C. de ſecund. nupt.* An jam plana eſt tua ſententia? An noſtra tanquam erronea revocanda? Nondum perſuaſi ſumus. Sapientis quidem eſt mutare conſilium, ſed non, niſi meliora edocti. Nònne & il- lud

Digitized by Google

cedit. Licèt enim hæreditas liberorum non ita debeatur parentibus, ſicut parentum liberis, uti appoſitè diſcurrit *Papianus in l. 15. pr. ff. de inoff. teſtam.* ex conſequentia tamen rationis, & ratione commiſerationis, tum etiam ex voto filiorum præſumpto præ aliis parentes videntur admittendi, *arg. l. 7. §. fin. ff. unde lib.* Limitatur tamen regula poſterior in *Adoptatis*, qui, eſto ad ſucceſſionem patris adoptivi admittantur, non tamen viciſſim pater adoptans (imperfectè) ſuccedit filio adoptato, ſed pater naturalis. Item in *Arrogatis Impuberibus*, licèt enim patri arroganti ſuccedant, non tamen viciſſim Arrogans ad ſucceſſionem arrogatorum impuberum admittitur, *arg. §. 3. I. de Adopt.* Dixi in *Arrogatis Impuberibus;* nam Puberi Arrogator ſuccedit, ita tamen, ut cum eo probabiliùs admittantur fratres germani, & illorum filii, *arg. §. 2. I. de acquiſ. per arrog.* Ne Arrogator ſit melioris conditionis, quàm pater naturalis. *Strauch. diſſ. 11. theſ. 25. Forſt. de ſucceſſ. ab inteſt. lib. 3. de ſucc. parent. civil. concluſ. 3.* Addi poteſt tertia limitatio in *fœmina adoptante*, quæ itidem filio adoptato non ſuccedit, ejusmodi enim adoptio imperfecta eſt, *§. 10. I. de Adopt.* in adoptione verò imperfecta ex dictis non adoptans, ſed pater naturalis admittitur, *Stryck. l. cit. §. 39.* Jungatur, ſi placet, quarta in *Fœmina Illuſtri*, cui, eſto non ſuccedant ſpurii, ſi adſit proles legitima, *l. 5. C. ad SCtum Orphyt.* ſuccedet tamen iis probabiliter mater, cùm filiis legitimis per hoc nullum inferatur præjudicium, utpote, qui aliunde fratri illegitimo non ſuccedunt, mox *laud. Stryck. §. 44. & 46.* Cæterùm ſuccedunt Aſcendentes, tam PATERNÆ, quàm MATERNÆ lineæ, *d. nov. & c.* ibi: *maſculos & fœminas, ſive paterni, ſive materni ſint.* Tam IMMEDIATI, quàm in horum defectum MEDIATI, illi in capita, iſti vero in quaſi ſtirpes, ſeu lineas, ita quidem ut aſcendentes in linea paterna partem dimidiam, aliam partem dimidiam aſcendentes in linea materna (ſuppoſito, quòd ſint

lud tuam ſententiam maximè dubiam reddit, ponítque extra ſtatum conceptæ certitudinis, quòd lucra primi matrimonii ſtante vigore *l. 3. & 5. C. de ſecund. nupt.* quas non impugnas, tunc primùm conjux amittat, ſi ad ſecunda tranſierit vota, & nullatenus aliter. Et cur ſecus erit dicendum de lucris ex ſecundo matrimonio acquiſitis, eſto non ſuperveniat tertium? Ut, inquis, ſervetur æqualitas inter liberos utriusque matrimonii, quam præ oculis ſemper habuiſſe Legum-Latores, patet ex materia collationis. Maneat, nobis non invitis, æqualitas, ſed cæteris paribus, ſi nimirum utrinque ſit eadem ratio: Cur, amabo! *cit. §. 1. d. c. 29.* hanc æqualitatem non reſpexit? Inſtantia de collatione planè non facit ad rem. Ibi enim res agitur inter liberos ejusdem matrimonii, parentisque cui ſucceditur; in noſtro caſu vero de liberis diverſi matrimonii, diverſorúmque parentum, quorum invicem non eſt tantus favor. Jam ipſe de tuæ opinionis certitudine judica; Túque tuam defende, & ego meam. At neuter ex tripode!

ſint in æquali gradu) obtineant, *cit.text.* ibi: *ſi autem eundem habeant gradum ex æquo inter eos hæreditas dividitur, ut medietatem quidem accipiant omnes à patre aſcendentes quanticunque fuerint. Medietatem verò reliquam à matre aſcendentes quantoscunque eos invenire contigerit.* Quæ verba, cùm generalia ſint, atque indiſtinctè aſcendentes utriusque lineæ admittant, non ſubſiſtit quorumdam opinio, quòd ſcilicet bona à patre profecta ad ejus aſcendentes, & à matre provenientia ad aſcendentes maternos, adeóque paterna paternis, & materna maternis obveniant *arg. §. 1. I. per quas perſ. cuique acquir.* ſiquidem ſtante hac ſententia facilè evenire poſſet, ut contra intentionem Imperatoris remotior excluderet proximiorem, puta, ſi adeſſent tantùm bona paterna, & viveret mater, atque avus paternus. Hic avus matrem deberet excludere, quod abſurdum videtur. Nec ad rem facit *cit. §. 1. per quas perſon.* cùm ibi ſermo ſit de peculio profectitio, quod haud dubiè ad patrem revertitur, ſeu potiùs penes illum remanet.

Admittit tamen Imperator in *cit. nov. c. 2.* unà cum Aſcendentibus, ſive primi, ſive etiam (quidquid per violentiam textui illatam contrà ſentiat *Voët. ff. ad SCtum Tertull. num. 13.* ubi defendit aſcendentes ultra primum gradum à fratribus excludi) ulterioris gradûs fratres germanos ipſius defuncti, atque cum illis fratrum germanorum prædefunctorum filios. Illos in *d. nov. 118. c. 2.* ubi ita pergit: *ſi verò cum aſcendentibus inveniantur fratres, aut ſorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto cum proximis* (proximus autem eſt, quem nemo præcedit, *l. 92. ff. de V. S.*) *gradu aſcendentibus vocabuntur*: Iſtos verò in *nov. 127. c. 1.* per quam expreſsè *cit. nov. 118. c. 3. verſ. ſi autem cum fratribus*, ubi eos in iſto caſu excluſerat, corrigit, & in locum ſuorum parentum unà cum Thiis, ſeu patruis venire jubet, dum inquit: *Hoc itaque juſtè corrigentes ſancimus, ut, ſi quis moriens relinquat Aſcendentium aliquem, & fratres, qui poſſint cum parentibus vocari, & alterius præmortui fratris filios, cum aſcendentibus & fratribus vocentur etiam præmortui fratris filii, & tantam accipiant portionem, quam eorum futurus erat parens accipere, ſi vixiſſet.* Advertis, ùt non ambigo, fratrum germanorum filios in hoc textu vocari cum aſcendentibus, caſu quo adhuc aliqui ex fratribus viventibus. 12

Quid autem, ſi ſoli ſint fratrum filii, an etiam cum aſcendentibus ſuccedant? Affirmant cum aliis *Stryk d. l. diſp. 2. cap. 1. §. 31. DD. Franz h. num. 54.* ob eandem, ùt ajunt, rationis identitatem, cùm ſemper pugnet idem jus repræſentationis. Nos huic ſententiæ veremur accedere, donec afferatur textus, qui ſolos fratrum filios cum aſcendentibus ad- 13

advocet. Certum enim hactenus viſum fuit, in *d. nov. 118. c. 2.* ab aſcendentibus omnes collaterales, exceptis ſolis defuncti fratribus germanis, adeóque etiam fratrum filios excludi, ibi: *OMNIBUS ex latere cognatis hos* (aſcendentes) *præponi ſancimus: exceptis SOLIS FRATRIBUS ex utroque parente conjunctis defuncto.* Semel autem excluſi ſemper manent excluſi, usquedum probetur correctio; hæc autem deficit, cùm in *d. nov. 127. c. 1.* tantùm vocentur, ſi adſint Thii, ſeu fratres germani ipſius defuncti; quod ideo Juſtiniano placuiſſe videtur, ut in linea fraterna, atque inter filios fratrum ſervetur æqualitas: aliàs enim linea fratris viventis, ejùsque nepotes melioris eſſent conditionis, quàm fratris prædefuncti, illa enim à fratre hic & nunc deſuncto partem hæreditatis caperet, iſta verò, ſeu nepotes in ea exiſtentes, nihil acquirerent, cùm tamen ſint in eodem cum filiis fratris viventis, ad quos pars acquiſita ſuo tempore perventura eſt, gradu; conſequenter patet, falſum eſſe, quòd ſit eadem ratio; nam, ſi ſoli ſint, omnes æqualiter tractantur, cùm omnia bona veniant ad aſcendentes, ita, ut neutra fratrum linea occaſionem conquerendi habeat: Nobis etiam nondum probatum eſt, habere locum Jus repræſentationis, ubi textus deficit; Jus enim repræſentationis eſt mera creatura legis, hac ergo deficiente, etiam hoc Jus (præſertim ubi adeſt manifeſta diverſitatis ratio) deficiat, neceſſum eſt. Nobiscum ſentit *Schüz ad Lauterb. quis ord. in poſſ. ſerv. verſ. non extantibus.* Hic autem probè notandum, quòd, etſi aſcendentes mediati, ſi ſoli ſint, ſuccedant in quaſi ſtirpes, ſeu lineas, ùt ſupra monitum, ubi tamen cum fratribus concurrunt, ſemper in capita ſuccedant, *d. nov. 118. c. 2.* ibi: *uti & aſcendentium, & fratrum ſinguli æqualem habeant portionem.* Fortè ideo, ne portio aſcendentium per concurſum fratrum, qui aliàs vi *nov. 118. c. 2. & 3.* utpote in tertio ordine poſiti, deberent excludi, nimium minuatur. Reliqua de ſucceſſione aſcendentium circa parentes adoptivos, legitimantes, vel planè illegitimos colligi poſſunt ex regula ſuperiùs cum ſuis limitationibus tradita, quòd jura ſucceſſionum ſint reciproca: Ubi tamen in eo

Subſiſtes & meritò! cui deferenda ſucceſſio, ſi filius adoptivus perfectè talis decedat, relicto patre naturali, & adoptivo, ſcilicet avo paterno aut materno. Equidem vi *l. 10. §. ſi verò C. de adopt.* deferenda eſt avo, qui nepotem duplici vinculo, & naturali, quà avus, & civili, quà pater adoptans tenet: Vi *nov. 118. c. 2.* deferenda videtur patri naturali, quia emancipatio, quæ mediante adoptione contingit, non ampliùs obeſt. Tutiſſimus ibis cum *Stryck. d. diſp. 2. c. 1. §. 36.* mediâ viâ, deferendo videlicet utrique ſucceſſionem æqualem, avo quidem

dem

dem vigore *d. l. 10. §. ſi verò.* quæ nullibi circa adoptivos legitur emendata. Aſcendentibus naturalibus verò ex diſpoſitione *cit. nov.* Si tibi opponatur, hoc modo eſſe utique mutatam ſucceſſionem adoptivorum? Negabis illatum (ſaltem ſimpliciter loquendo) dum admittis avum adoptantem ſuccedere nepoti adoptato: hoc tamen concedere debebis, eſſe aliquod immutatum circa ſucceſſionem parentum naturalium, quorum reſpectu impedimentum emancipationis ſublatum eſt.

Unum adhuc ſupereſt, quod ſiccô calamô præterire ægrè poſſumus: Utrùm ſcilicet pater, unà cum filio, alteri filio ſuccedens, amittat uſumfructum, quem habuit in peculio adventitio defuncti filii: Communiſſima eſt affirmativa, dum videbis paſſim doceri, bona, in quibus filius cum patre alteri fratri ſuccedit, reduci ad peculium adventitium extraordinarium ob textum apertum in ſæpè *d. nov. 118. c. 2.* in verbis: *NULLUM uſum ex filiorum, aut filiarum portione in hoc caſu* (quo ſcilicet filius cum patre fratri ſuccedit) *valente patre ſibi penitùs vindicare:* addita ratione ſatis opportuna: *quoniam pro hac uſûs portione hæreditatis jus, & ſecundùm proprietatem per præſentem dedimus legem.* Verùm huic ſententiæ, quamvis ob authoritatem ſaltem extrinſecam probabiliſſimæ, noſtrum calculum eò difficiliùs adjungere poſſumus, quò certius eſt, ante hanc Conſtitutionem retinuiſſe patrem in præfato peculio uſumfructum ob textum non minùs apertum in *l. 7. §. fin. C. ad SCtum Tertull.* ibi Juſtinianus: *Sin verè defuncta perſona in ſacris paternis conſtituta deceſſerit: pater quidem uſumfructum, quem & vivente filio habebat, TENEAT, donec vivat INCORRUPTUM,* cui deciſioni, quamdiu non apparet expreſſa recantatio, ſtandum erit, cùm correctio juris ſit odioſa. Ut autem ſatisfiat objectæ *nov. 118.* quæ videtur ſufficienter recantatoria, pro genuino ejus intellectu capiendo notandum eſt, quòd patri ante novellam hanc Conſtitutionem uſusfructus in omnibus bonis, quæ filius per ſucceſſionem à fratre acquiſiverat, obvenerit, eſto illa bona reſpectu fratris defuncti ſpectaverint ad peculium caſtrenſe, aut quaſi, vel etiam extraordinarium, quia reſpectu fratris ſuccedentis, amiſſa priori qualitate fiebat peculium ordinarium, *arg. l. 6. C. de bon. quæ lib.* conſiderantur enim, ut bona filii hic & nunc de novo citra ullum reſpectum militiæ, aut alterius privilegii acquiſita. Et hoc eſt, quod Imperator noviſſima hac Conſtitutione immutavit, decrevitque ut pater in bonis illis, in quibus antea acquirebat uſumfructum, non ampliùs illum acquirat, ſed contentus ſit proprietate, quam illius locò nanciſcitur, hinc eſt, quòd dicat: *nullum uſum ſibi penitùs VINDICARE.* Non autem dicit, non poſſe patrem retinere, vel amittere, quem

priùs

priùs habuit; Neque enim videtur, cur debeat pater jus circa uſumfructum, qui non perſonæ proprietarii, ſed uſufructuarii inhæret ſine ſuo facto amittere? Certè ſi hoc Imperator intendiſſet, clariùs ſuam mentem explicâſſet, uti fecit in *d. Nov. cap. 1.* ibi: *nam in uſu harum rerum, qui debet ACQUIRI, aut SERVARI &c.*

Dices quidem, ſufficienter mentem ſuam explanâſſe, dum ſtatuit, patrem nullum uſumfructum prætendere poſſe in illa portione, in qua cum filio ſuccedit; compenſatur enim per proprietatem, quam pater nanciſcitur, atqui ſuccedit etiam in portione peculii ordinarii. Perſuaderet inſtantia, ſi textus generaliter diceret *prætendere*, cùm autem dicat VINDICARE, quod ſtrictè loquendo (uti hic, utpote in materia correctoria, ſumi debet) ſignificat illud perſequi, quod nondum habemus, (a) ad hanc ſententiam nondum trahimur. Neque aliud à nobis extorquebis.

Si

(a) Imò, inquis, vindicare dicimur propriè id, quod jam habemus, quoniam, tam rei vindicatio, quàm reliquæ actiones reales ſupponunt dominium, vel aliud jus in re. Peregrina doces, quia ita arguis. Inauditum eſt hactenus JCtis in rei vindicatione (idem eſto de reliquis actionibus realibus proportionale judicium) vindicari dominium: Me quod attinet, ſemper fui doctus, jure dominii, quod haud dubiè mihi debet priùs competere, vindicari ipſam rem, ſeu illius poſſeſſionem, quam nondum habui, uti pater de rei vindicatione ad petendum legatum, vel, ſi habui, amiſi, & nullatenus ipſum dominium. Cùm igitur pater uſumfructum in peculio ordinario, dum filius è vivis diſceſſit, tam quoad jus, quàm quoad ipſam poſſeſſionem jam actu habuerit, & retineat *cit. l. 7. C. ad SC. Tertull.* non poteſt dici illud VINDICARE, ſed potiùs RETINERE; non enim indiget vindicatione. Hinc ſatis patet, quod ly VINDICARE debeat referri ad illa bona, in quibus pater vivente filio uſumfructum non habebat; Sed primum per ejus mortem, præſcindendo à *cit. nov.* ipſo jure acquiſiviſſet. *arg. d. l. 6. l. ult. §. 3. C. de bon. quæ lib. & l. 13. §. 2. C. de legit. hæred.* Et in quibus quoad uſumfructum, quem morte ipſo jure obtinuerat, competiiſſet vindicatio ad obtinendam ejus poſſeſſionem: Et hæc ſolùm *in cit. nov.* patri competere negatur. Aliàs quippe Imperator dixiſſet, Non poteſt uſum VINDICARE in bonis, in quibus antea non habuit, vel RETINERE, in quibus habuit. *arg. cit. nov. c. 1. verſ. Nam in uſu harum rerum &c.* Miror, viros doctos velle illud VINDICARE ad illum ſenſum torquere, ac ſi intenderem contra jura plana docere; in actionibus realibus non debere ſupponi, jam adeſſe jus in re, quod nunquam ſomniavi; At hoc omnino contendo, actiones reales dari regulariter ad rem ipſam, ſeu ejus poſſeſſionem, quæ hic & nunc nobis deeſt, obtinendam, quod de uſufructu quæſtionis non verificatur.

Inſtabis equidem, eſſe eandem rationem de uſu, quem habuit, & quem non habuit, cùm illius loco acquirat proprietatem, ceu patet *ex cit. nov. & c.* Verum, non militare adæquatè eandem rationem vel exinde ſatis patet; quòd filius potuiſſet patrem uſufructu, quem hic nondum habuit, diſponendo de ſuis bonis (ſalva tamen legitima) privare: Poſſétne etiam privare pariformiter eo, quem jam habet? Vix audebis aſſerere! Viden' itaque patentem diſparitatis rationem.

Si urges ulteriùs, eſſe eandem rationem de peculio ordinario, quæ de aliis bonis; ideo enim in aliis bonis non poteſt pater uſumfructum prætendere, quia illius locô ſuccedit cum filio in proprietate; hæc ratio autem militat etiam in peculio ordinario. Negamus enim eſſe adæquatè eandem rationem, cùm implicet eſſe eandem omninò rationem circa bona, in quibus habuit priùs uſumfructum, & circa ea, in quibus non habuit, cùm utique aliud ſit *vindicare*, & aliud *retinere*. vid. mox ſuperiùs notata. Si nondum, ùt ſuſpicor, quieſcas, ſed

Inſtes, textum eſſe intelligendum de caſibus ordinariis: caſus autem peculii caſtrenſis aut quaſi, vel etiam extraordinarii ſunt caſus rariores, conſequenter erit *Novella* intelligenda de peculio ordinario. Verùm nec iſte diſcurſus movet, cùm poſt *l. 6. C. de bon. quæ lib.* dentur caſus æquè frequentes de aliis peculiis, quàm de ordinario. Deinde ſunt utique caſus frequentes, quòd pater ſuccedat cum filio alteri filio, ſed emancipato, ubi novella Conſtitutio ſufficienter ſuas vires exerit, & communis ſententia, quòd bona, quæ filius unicum patre ſuccedens acquirit, ſpectent ad peculium extraordinarium ſufficienter (nempe de aliis filii defuncti bonis, quàm ordinariis, vel de bonis filii, cui ſucceditur, emancipati) verificatur: nec aliter eam recipere poſſumus, illo ſuffulti principio; ſententiam communiorem non ſemper eſſe veriorem, *arg. l. 1. §. 6. C. de V. I. E. Addat. Stryck. d. l. c. 1. §. 24. & ſeq.*

Poſt Deſcendentes, & Aſcendentes tertiam Succedentium claſſem 15
conſtituunt COLLATERALES, ſeu ex latere Cognati, uti appellantur in *l. 10. §. 8. ff. de grad. & affin.* Inter collaterales autem primum locum ſibi vendicant FRATRES GERMANI (idem eſt de ſororibus, quæ æqualiter veniunt) vel ſi fratres ſint præmortui, illorum filii ita, ut illi veniant in capita, iſti, ſi cum fratribus defuncti, ſeu reſpectivè cum ſuis patruis concurrant, in ſtirpes: Ita *laudata toties novella 118. c. 3.* Quid enim æquius, quàm, ut deficientibus Deſcendentibus, quibus neceſſitas quædam hæreditatem defert, & Aſcendentibus, quos ratio commiſerationis vocat, cùm ab iis poſt DEUM T. O. M. omnia habeamus, admittantur reliqui ſanguine, & hoc ipſo etiam affectu conjuncti, & inter hos magis, magíſque proximi, quos magis magíſque diligere præſumimur? Dixi: *Fratres germani, vel eorum filii*, qui tum conſanguineos, tum uterinos, omnéſque reliquos collaterales excludunt propter duplicitatem vinculi, quam etiam in fratrum filiis, vel maximè conſiderari vult celebr. *Voët ff. ad SCtum Tertull. n. 16.* quem vide. Inde etiam probabiliùs deducitur, quòd meri fratrum germanorum liberi non jure repræſentationis, ſed ob vinculi duplicitatem ex-

Digitized by Google

cludant fratrum unilateralium liberos, eſto pari gradu cum defuncto conjunctos. *Stryck. d. diſſert. 3. c. 1. §. 19.* Dixi notanter: *iſti* (ſcilicet fratrum filii) *cum fratribus defuncti in ſtirpes.* Quid, ſi ſoli ſint, num in ſtirpes, vel in capita ſuccedant? Credideris cum aliis non paucis, quos citat *Harp. ad pr. Inſt. de hæred. quæ ab int. def. n. 422.* in ſtirpes ſuccedere, cui ſententiæ favet (I.) paritas à meris nepotibus in linea deſcendenti deſumpta, qui, eſto ſoli ſint, nihilominus ſuccedunt in ſtirpes, quæ opinio ex eo (II.) magis roboratur, quia indigent jure repræſentationis, aliàs enim nec poſſent excludere patruos ipſius defuncti, cum ſint cum illis in æquali (nimirum tertio) gradu, neque fratres defuncti unilaterales. Favet (III.) *Autb. ceſſante C. de ſuis, & leg. hæred.* ubi indiſtinctè aſſeritur, fratrum filios venire in ſtirpes. Accedit (IV.) quòd ſuccedant in ſtirpes, ſi cum propriis patruis, ſeu avunculis veniant: conſequenter idem eſt dicendum, ſi ſoli ſint, quia, nec lex diſtinguit, nec ratio jubet diſtinguere.

6 Aſt hæc fundamenta non ſatis impellunt, ut à ſententia, quæ ſucceſſionem in capita admittit, utpote juri tum veteri, tum novo longè conformiore receſſum meditemur; & imprimis jure veteri indubitatum nobis eſt, obtinuiſſe inter meros fratrum filios ſucceſſionem in capita, ùt evidentiſſimè reſpondet Ulpianus in *l. 2. §. 2. ff. de ſuis, & leg. hæred.* ibi: *hæc hæreditas proximo agnato, id eſt, quem nemo antecedit, defertur, & ſi plures ſint ejuſdem gradus omnibus, in CAPITA ſcilicet: ut puta duos fratres habui, vel duos patruos, unus ex his unum filium, alius duos reliquit, hæreditas mea IN TRES PARTES dividitur.* Idem colliges ex eodem Ulpiano, ſi legas *l. 1. §. ult. ff. ſi pars hæred. pet.* & ex Imperatore noſtro in *l. pen. §. un. C. de leg. hæred.* ibi: *illo procul dubio obſervando, ut ſucceſſio non in ſtirpes: ſed in CAPITA dividatur.* Neque alia eſt mens Cæſaris in noviſſima ſua Conſtitutione *118. c. 3.* poſtquam enim diſpoſuit, ut fratrum germanorum filii jure repræſentationis unà cum propriis admittantur Thiis, ſeu patruis, ita, ut excludant fratres unilaterales, poſtquam inſuper hoc privilegium repræſentationis ad ſolos fratrum filios reſtrinxit, ita pergit: *ſed & ipſis fratrum filiis TUNC hoc beneficium* (repræſentationis) *conferimus, QUANDO CUM PROPRIIS JUDICANTUR THIIS.* Vult igitur Legiſlator, ut eo demum caſu fratrum filii jure repræſentationis utantur, ſi concurrant cum propriis Thiis, ne videlicet ab iis excludantur: ſi igitur ſoli ſint, hôc privilegiô non indigent, cùm proximiorem, à quo excludantur, non timeant: veniunt igitur nomine proprio, adeóque in capita, juxta ſuperiùs dicta *num. 3.* Sanè eſto hæc Conſtitutio videretur dubia, tamen deberet explicari ſecun-

Digitized by Google

cundùm Jus vetus, cùm correctio Juris in dubio non ſit vel præſumenda, vel ſtatuenda; hinc perperam *Pagenſt. in Theſ. Jur. ubi ſupra n. 60.* conatur probare, & perſuadere verba *Novell. Sed & ipſis fratrum filiis* debere ſumi ampliativè, non reſtrictivè. Cuperem, ut hoc meliùs probâſſet! Tu tamen vide-ſis, quæ fuſiùs ibidem habet. Hanc inſuper ſucceſſionem in capita abſciſsè præſcribit Carolus V. in *Comitiis Spirenſibus de Anno 1529. 23. April. §. 31.* Dictis non officit *(Reſpondetur ad Contraria)* paritas à deſcendentibus deducta, ſi enim omnis, certè hæc ſimilitudo enormiter claudicat; præprimis quippe nimium probaret, cùm evinceret meros fratrum filios, neque jure veteri ſucceſſiſſe in capita: ulteriùs, in linea recta jus repræſentationis ſe in infinitum extendit, in collaterali tantùm, usque ad tertium gradum. Deinde (& hæc eſt ultimata diſparitas) in linea recta eſt quædam continuatio dominii, cùm liberi vivis adhuc parentibus dicantur quaſi domini bonorum paternorum, *l. 11. ff. de lib. & poſth.* conſequenter portio illa dominii, quæ erat penes filios, continuatur, ſeu transmittitur in nepotes, ita, ut ſemper repræſentent ſuos aſcendentes, reſpectu ejusdem portionis, in qua illi erant, quaſi domini, quæ ratio in fratribus ceſſat, licèt nihilominus procedat etiam in nepotibus filiorum emancipatorum, non quidem jure ſuitatis, ſed ſanguinis, ùt *arg. l. un. C. ſi. is, qui ant. apert.* optimè notat *Stryck. d. l. diſp. 1. c. 2. §. 35.* Neque etiam *(Ad ſecundum)* eſt, quòd nimiùm fidas allegatæ inſtantiæ, quòd meri fratrum filii excludant defuncti patruos; nam hoc imprimis nondum eſt deciſum, ſiquidem *Hub. h. t. num. 15. cum aliis* ſimul omnes admittit, utpote in eodem conſtitutos gradu: ſi verò hanc ſententiam transmittere placeat, non deerunt, qui ſine abſurdo dicent, in hoc caſu ſpeciali ad excludendos defuncti patruos debere fratrum filios venire jure repræſentationis, ſicut indigent hôc privilegiô ad excludendos fratres defuncti unilaterales, *arg. d. nov. c. 3. verſ. unde conſequens eſt.* Accedit communis reſponſio (quamvis aliis diſpliceat (quòd hæreditas cæteris paribus (præſertim ita ſuffragante lege expreſſa) libentiùs deſcendat, quàm aſcendat. Parùm etiam

(a) Ait enim *Hub. h. num. 15.* hoc nimium probare, cùm etiam fratris nepos eſſet patruo præferendus, utpote deſcendens. Inepta ſanè illatio! Nónne diximus: *cæteris paribus.* Num & hic ſunt cætera paria, dum nepos fratris cum defuncto jam in quarto; ejus (defuncti) vero patruus in tertio gradu conjunctus eſt? Saltem, ais, deberet præferri patrueli ipſius defuncti, id eſt, patrui filio, qui etiam eſt in quarto gradu? Eſt, ſed non ùt aſcendens, ſed ùt collateralis ſimpliciter, adeóque reſpectu illius hæreditas non propriè aſcenderet; hinc neque procedet data à nobis regula. Porrò in linea quidem recta deſcendentes, quotocunque gradu, excludunt aſcendentes quomodocunque proximiores: quod in linea collaterali non ita ſimpliciter, ſed ſuffragante beneficio legis verificatur.

(*Ad tertium*) tibi proficiet *Authent. ceſſante*, cùm non correſpondeat ſuo fonti, unde deſumpta eſt, nimirum *cit. nov. &c.* ſimúlque aliunde ex Procem. *§. 3. num. 23.* notum ſit, authenticis non conſtare authoritatem, niſi in quantum cum ſuis fontibus cohærent. Quòd autem (*Ad quartum*) ſi cum patruis concurrant, indigeant jure repræſentationis, eſt ideo, quia ab illis, tanquam proximioribus, aliàs excluderentur, quod periculum non ſubeſt, ſi ſoli ſint. Egregiè in hanc rem *Voët. loc. cit. num. 16.* Quid ſi concurrant cum filiis fratrum unilateralium? Neque hic indigent jure repræſentationis, ſed eos excludunt, uti ſuprà notavimus, ex duplicitate vinculi, ſicut fratres germani conſanguineis, & uterinis præferuntur. *Stryck. cit. diſſ. 3. c. 1. §. 19.*

17 Quòd, ſi neque fratres germani, neque eorum filii adſint, vocantur FRATRES CONSANGUINEI, & UTERINI, illorúmque LIBERI, ita, ut ea, quæ dicta ſunt de liberis fratrum germanorum, etiam ad liberos fratrum unilateralium commodè applicari poſſint, ùt docet poſt alios ſæpè memorat. *Stryck. ib. 20. Voët. loc. ſup. cit. num. 17.*

Dubitatur, utrùm cum vel ſine diſtinctione bonorum fiat ſucceſſio? Exiſtimat *Stryck. d. l. §. 22. cum aliis ab eo citt.* bona, quæ defunctus acquiſivit à Patre obvenire conſanguineis, quæ verò à matre uterinis, quam ſententiam, ùt communiorem, & veriorem probare conatur ex *l. 13. §. 2. C. de leg. hered.* ibi in fine: *Exceptis maternis rebus, in quibus, ſi ex eadem matre fratres, vel ſorores ſint, eos ſolos vocari oportet.* Hanc diſpoſitionem confirmari, ait, ex *nov. 84. c. 2.* cùm igitur Jure veteri, ùt ille ſupponit, fuerit obſervata bonorum diſtinctio, Jure autem noviſſimo nihil ſit immutatum, imò nec credibile, Juſtinianum ambabus his legibus à ſe ipſo latis ſine expreſſa mentione voluiſſe derogare, ſtandum erit diſpoſitioni Juris veteris.

Huic ſententiæ ſe opponit *Fachin. lib. 6. controv. c. 5.* & adhuc validiùs *Cocc. junior. ff. ad tit. quis ord. in poſſeſſ. ſerv. quæſt. 8.* (I.) Quia Imperator abrogata ſucceſſione Juris veteris novam ſuccedendi formam præſcripſit, uti patet in *præf. d. nov. 118. in cap. 3.* verò *ibid.* vocat fratres conſanguineos, & uterinos indiſtinctè his formalibus: *His autem* (fratribus germanis) *non exiſtentibus in ſecundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti ſunt defuncto, ſive per PATREM ſolam ſive per MATREM.* Quæ deciſio non rarò eluderetur, ſi fortè frater defunctus tantùm haberet bona paterna, ubi uterinus à conſanguineo, vel materna, ubi conſanguineus ab uterino excluderetur. Et ita rariſſimè ſimul, & æqualiter ſuccederent. Accedit, quòd bona à fratre acquiſita fiant abſolutè illius propria, adeóque amittant qualitatem bono-

no-

norum paternorum, vel maternorum. Hinc non immeritò *Hub. b. n. 13.* ſententiam oppoſitam à Jure Romano alienam, eique inimicam pronuntiat. *Ad d. l. 13. §. 2.* eruditè reſpondet *laud. Fachin. loc. cit.* eam non loqui de fratre uterino, ſed de fratre, qui tam ex latere patris, quàm matris defuncto conjunctus eſt, ſimúlque cavere, ut alteri fratri conſanguineo præferatur in bonis, quæ frater defunctus à matre conſecutus eſt; nec enim, ùt optimè deducit *alleg. Author ex l. 15. §. 2. C. d. t.* quæ eſt poſterior, tempore hujus leg. 13. veniebant fratres uterini cum germanis, aut conſanguineis in ſecundo, ſed primùm inter cognatos in tertio ordine, conſequenter de illis non poterat eſſe dubium, vel ſermo, an cum fratribus, aut patre concurrant. Alii cum *D. D. Franz b. t. n. 23.* contendunt, hanc legem eſſe per *cit. nov.* correctam. *Nov. 84. c. 2.* verò noſtræ ſententiæ non refragatur, quia ſe refert ad alias leges, quæ de ſucceſſione fratrum unilateralium diſponunt, nullibi autem conſtat, quòd ex legibus anterioribus paterna paternis, materna maternis obvenerint.

Porrò dicta hactenus de fratribus, tum uni- tum bilateralibus non tantùm intelliguntur de fratribus naturalibus, & legitimis ſimul, ſed etiam de legitimatis per ſubſequens matrimonium, aut etiam per Reſcriptum Principis, ſi tempore legitimationis nondum aderant legitimi, vel aderant, ſed fuit adjecta clauſula, ut cum legitimis ſuccedant, *arg.* eorum, quæ ſuperiùs *num. 7.* dicta ſunt. Nec non de adoptatis adoptione perfecta, & de Arrogatis, qui (intellige, ſi deficiant fratres germani, *Stryck. ubi ſuprà §. 31.*) durante arrogatione agnatis (non item cognatis) patris arrogantis ſuccedunt, *arg. l. 23. ff. de adopt. & l. pen. in fin. C. d. t.* quod adhuc hodie, ùt ait *D. D. Franz b. num. 85.* inviolabiliter cuſtoditur, quia *nov. 118. c. 4.* tantùm ſuſtulit differentiam inter agnatos, & cognatos vinculo naturali, non civili conjunctos: & denique de fratribus Spuriis uterinis tantùm, nam conſanguinei non dicuntur, cùm patrem de jure non habeant, *arg. l. 5. ff. de in jus vocand.* Secùs dicendum de fratribus adoptivis adoptione imperfecta, cùm iis neque pater adopians ſuccedat; vel de fratribus ex coitu damnato conjunctis, cùm fratris nomen haud mereantur, *arg. nov. 74. C. ult. & nov. 89. in fin.* Dictum fuit ſuprà: *durante arrogatione*, hâc enim ſolutâ (non quidem morte patris arrogatoris, aliàs enim arrogatus ei non ſuccederet, ſed emancipatione) ſolvitur pariter jus ſucceſſionis, *mox cit. Stryck. ibid. §. 33.*

Dum autem nulli horum extant, vocantur CÆTERI COLLATERALES, ſecundùm gradûs prærogativam, ita, ut nullo habito reſpectu repræſentationis, aut attenta duplicitate vinculi (quæ ultra quæſtionem inter fratrum liberos non extenditur (ùt benè docet *Voët. ubi ſupra n. 20.*)

ſemper & in infinitum (indefinitè) proximior excludat remotiorem, *Auth. poſt fratres, fratrúmque filios. nov. 118. c. 3. §. 1. & c. 4.* Dixi: *in infinitum*, uti innuunt tum verba Cæſaris in *cit. nov. c. 4.* ibi: *OMNES deinceps à latere*, & in *§. 3. de leg. agnat. ſucc.* ibi: *etſi longiſſimo gradu ſint*, tum *JC. in l. 2. §. 1. ff. de ſuis & leg. hæred.* ubi hæc leguntur: *deinceps cæteris, ſi qui ſunt hinc orti in INFINITUM:* quod autem Imperator nullis finibus circumſcripſit, id limitare nobis nefas eſto, *Hub. h. n. 16.*

Neque reponas, quòd his ſtantibus nullus decederet ſine conſanguineis, cùm tamen experientia contrarium doceat: Nam concedimus inſtantiam, dummodo non rarò deficeret conſanguinitatis probatio ad ſucceſſionem præ cæteris ſummè neceſſaria: *vid. cit. Stryck. diſſ. 3. c. 1. §. 28. & ſeqq.* Hinc meritò

18 Si deficiant conſanguinei, vel ſaltem probatio conſanguinitatis, invitat prætor ex præſumpta defuncti voluntate, atque æquitate manifeſta CONJUGES, *tot. tit. ff. unde vir & uxor*, idque recentiori jure confirmatum invenitur in *l. un. C. eod.* Neque hoc immutatum credas per *d. nov. 118. in pr.* quia abrogatio illa legum vetuſtarum tres ſolummodò ſuccedentium ordines concernit: non Conjuges, non Fiſcum. Imò Jure noviſſimo quandoque admittitur uxor etiam unà cum liberis, vel aliis conſanguineis, caſu quo nimirum maritus ſit dives, & illa inops, ita quidem, ut, ſi ſint tres liberi, vel pauciores, acquirat quartam bonorum partem (in quam tamen imputantur legata) ſi quatuor, vel ultra, portionem virilem, ſeu filialem, *nov. 53. c. 6. nov. 117. c. 5.* Et quidem, ſi liberos ex defuncto habeat, tantùm quoad uſumfructum, ſi non, etiam quoad proprietatem, *d. nov. 117. c. 5.* Ratio hujus ſaluberrimæ conſtitutionis dari ſolet, ne uxor cum mariti dedecore teneatur oſtiatim panem quærere, hinc eſt, quòd *Voët. ubi ſupra num. 24.* hanc quartam adjudicet, eſto teſtamentum ſit conditum. Unde etiam meritò

Sciſcitaberis, num maritus in hypotheſi viciſſitudinaria ab hac quarta ſit excludendus? videtur, quòd ſic ob verba finalia *cit. nov. 117. c. 5.* ibi: *virum enim in talibus caſibus quartam ſecundùm priorem noſtram legem ex ſubſtantia mulieris accipere modis omnibus prohibemus.* Ita *Voët. ibidem.* Verùm, cur marito, pro quo pugnat tum eadem identitatis ratio, tum verba non minùs aperta in *d. nov. 53. c. 6. in pr.* ibi: *etiam hic ſervandis ſimiliter quidem in viris: ſimiliter autem in mulieribus: COMMUNEM namque etiam hanc ſuper eis ponimus legem.* Item in *§. 2.* ibi: *Hæc itaque dicimus, ſi CONJUNCTORUM alter.* Neganda ſit hæc quarta, non videmus: Neque eidem adimitur in *d. nov. 117. c. 5.* cùm non ſit generaliter intelligenda, ſed de caſu, quo maritus uxori libellum repudii injuſtè miſit,

ſit, eámque matrimonio exegit, ad normam *nov. 22. c. 18.* quam in *d. nov. 117. c. 5.* ſubintelligit *Stryck. d. tr. diſſ. 4. c. 1. §. 42. Addat. Hub. ibid. n. 18.*

Poſt conjuges admittuntur COLLEGIA, quibus fortè defunctus erat inſcriptus: puta, ſi quis Decurio, Navicularius, Cohortalis, vel Fabricenſis deceſſerit, eorum Collegia, quorum membra ſunt, ſuccedunt, *l. 1. 2. 4. & tot. tit. C. de hæred. Decur. Navic. &c.* Limita, ſi quid à Principe donatum ſit pluribus, id enim uno ex illis deficiente ad hos, qui ſunt participes ejuſdem liberalitatis, non ad collegia devolvitur, *l. un. C. Si liber. imper. Sine hæred. Hub. h. n. 20.* Cæterùm quænam collegia, & quo ordine admittantur, tradit ſæpe alleg. *Stryck. diſſ. 5. C. 1. §. 32. & ſeqq.* Poſtremus demum locus datur FISCO, ſeu publico Principis ærario, quod nobis vocatur Camera Principis, *l. 4. & 5. C. de bon. vac.* Quandóque tamen etiam teſtamento exiſtente hæreditas Fiſco cedit, ſi nempe ſit indigno relicta, ita tamen, ut Fiſcus hæreditatem ab indigno auferens, tum æs alienum, tum legitima ſolvere teneatur, *l. 12. l. 26. in fin. & tot. tit. ff. & Cod. de his, quæ, ut indig.* Dixi *Indigno*, non incapaci, qui planè hæres de jure eſſe nequit: hæreditas enim incapaci relicta cedit vel cohæredibus teſtamentariis, vel legitimis, quia incapaci relicta pro non ſcriptis habentur, *l. 3. ff. de his, quæ pro non ſcript.* Hæc de Jure ſcripto: Nam ſi unquam, certè in materia ſucceſſionis ab inteſtato præprimis attendenda ſunt ſtatuta locorum, quæ, uti maximè variant, ita nullatenus negligenda, & quoad ſucceſſionem bonorum immobilium aut æquivalentium reſpiciendus locus rei ſitæ, quoad mobilia verò ſtatuta loci, ubi defunctus domicilium habuit, uti oſtendit, & judicatum refert *Voët loc. cit. num. 34.* 19

TITULUS X.

De Bonorum Poſſeſſione.

ÆQuitas Prætoris, de qua paſſim in libris prioribus memoratum fuit, vel maximè in deferenda hæreditate, tum ex teſtamento, tum ab inteſtato, ùt ex mox dicendis apparebit, elucet, cùm enim Jus Civile non ſatis omnibus conſuluiſſet, quos naturalis æquitas commendare videbatur, Prætores, quibus data erat facultas adjuvandi, ſupplendi, vel corrigendi (dic humaniùs, ſaltem indirectè, dando ſcilicet remedium contrarium, *vid. Stryck. de ſucc. ab inteſt. diſſ. 9. c. 1. §. 12. & 13.* relaxandi) Juris Civilis, ſive defectum, ſive rigorem, etiam in hac ma- 1

materia multifariàm Edicto ſuo ſuccurrerunt, dando bonorum poſſeſſionem, tum ex teſtamento, tum ab inteſtato iis, de quibus Jus civile non cogitavit, quóſve neglexit. Dixi *bonorum poſſeſſionem*. Prætor enim hæredem non facit, hoc enim eſt opus legis, *arg. l. 2. ff. de ll. Vinn. ad pr. Inſt. h. n. 4.* ſed bonorum *poſſeſſorem*, ùt ait Imperator *in pr. h.* In effectu tamen bonorum poſſeſſio idem eſt, ac hæreditas, *l. 138. ff. de V. S l. 2. & 3. ff. h. t.* Id, quod ſolidè oſtendit mox *cit. Auth. ibid.* Hinc advertis, bonorum poſſeſſionem non ſumi hic pro corporali illa rerum detentione, quæ facti eſt, & diſcutitur in *tot. tit. ff. & C. de A. vel A. P.* Sed pro jure, atque dominio (Prætoris) univerſali. Ac

Definitur ab Ulpiano in *l. 3. §. 2. ff. d. t.* quòd ſit *jus perſequendi* (ſi nondum habet) *retinendive* (ſi jam habet) *patrimonii, ſive rei, quæ cujusque, cùm moritur, fuit.* Seu *eſt jus perſequendi bona defuncti jure Prætorio delatum.* Dictum fuit in utraque definitione: *Jus*, id eſt Ius quoddam univerſale ad exemplum juris hæreditarii Jure civili competentis; ſiquidem bonorum poſſeſſio vi ipſa, veluti jam monuimus, nihil aliud eſt, quàm hæreditas, *l. 1. §. 1. d. l. 2. & 3. pr. ff. h. t.* ita, ut in effectu non differant, niſi verborum ſonô. *Voët. ff. eod. num. 2.* non autem intelligitur, ùt quidam volunt, jus *quo*, hoc enim eſt ipſa actio, ſed *propter quod. Stryck. de ſucc. ab Inſt. diſſ. 9. c. 1. §. 19.* Dictum fuit notanter: *retinendive*, quo exprimitur adhuc aliqualis differentia à petitione hæreditatis, ubi, qui jam poſſidet, non agit, hic autem, eſto habeam, petere poſſum, ut juſtè poſſideam, *laud. Auth. ibid. §. 20.*

2 Dividitur in Edictalem, & Decretalem. *Prior* eſt, quæ defertur ex Prætoris edicto per ſe loquendo de plano, & ſine cauſæ cognitione, *l. 30. §. 1. ff. de A. V. O. H. l. 1. §. 4. ff. ſi tab. teſtam. null. extab. Poſterior*, quæ etiam defertur ex edicto Prætoris (in hoc quippe non differunt) ſed prævia cauſæ cognitione, & pro tribunali, *l. 1. §. 7. ff. de ſucc. edict. l. 2. §. 1. ff. quis ord. in poſſ. ſerv.* Sunt enim quædam ſpecies, ubi nemo petenti poſſeſſionem ſe opponit, ùt, ſi liberi petant: Sunt econtra aliæ ſpecies, ubi alii ſeſe opponere ſolent, ùt ſi uxor ventris nomine ad bonorum poſſeſſionem recurrat: in illa non opus eſt cauſæ cognitione, benè verò in hac: Poteſt nihilominus contingere, ut in edictali quis ſe opponat, & ita per accidens requiratur cauſæ cognitio. *Stryck. ubi ſuprà §. 24.* & viciſſim in decretali nemo ſe opponat, & ita ceſſet cauſæ cognitio, *arg. l. 1. §. 14. l. 7. §. 1. ff. de vent. in poſſ. mitt. Vinn. ad §. 4. in fin.* Illa effectum perpetuum, hæc ſaltem temporalem tribuit, vid. omninò *l. 3. §. 5. ff. de Carbon. Edict. Ludov. in Theſ. Jur. h. t. n. 20.* ideo eam impropriam appellat *Titius ibid.* Illa deferri poteſt etiam diebus feriatis, non item

Digitized by Google

item hæc *arg. l. 2. §. 1. & 2. ff. quis ord. in poſſ. ſerv.* Exinde ſufficienter eruitur, has duas ſpecies perfectè, & eſſentialiter, nec tantùm ſecundùm diverſa attributa, ita, ut Edictalis dicatur ex edicto Prætoris mortui, ſeu ùt propoſita, & Decretalis, quaſi à vivo Prætore conceſſa, & jam agnita, diſtingui, vid. *Vinn. ad §. 3. b. t.* (a)

Dividitur ulteriùs in Ordinariam, & Extraordinariam. *Ordinaria* eſt, quæ ex certa Edicti parte, certóque ordine certis perſonis defertur, qualis eſt *Unde liberi : Unde legitimi.* *Extraordinaria* eſt, quæ neque ex certa Edicti parte, neque certo ordine, neque certis perſonis, ſed ex ſpecialibus legibus, SCtis, aut Principum Conſtitutionibus, prout res poſtulat, defertur, & hoc vel INDEFINITE, ſeu vagè, id eſt, variis ex cauſis, prout æquitas exigit, modo quodam proviſorio, & ad interim non pleno effectu : Ad hanc ſpeciem reducitur illa bonorum poſſeſſio (licèt aliter *D. D. Franz & Vinn.*) quæ decernitur poſthumis in teſtamento præteritis, ſi nati inter deſcendentes, ſive ſuos, ſive emancipatos gradu proximi futuri ſint, *l. 1. §. 2. & 11. ff. de vent. in poſſeſſ. mitt.* poſthumus enim jure civili non habet remedium, ſed primùm nativitate teſtamentum rumpit, *§. 1. I. de exhæred. lib.* Præmittitur tamen cauſæ cognitio, num uxor, ſit prægnans ex defuncto, *l. 1. §. 1. & ſeqq. ff. de vent. in poſſeſſ. mitt.* Ac interim tantùm acquirit jus detentionis, & cuſtodiæ cum facultate ſumendi alimenta, *vid. cit. l. 1. §. 19. & 27. d. t.* Nec non (II.) ea, quæ decernitur ex Edicto Carboniano impuberi, cui fuit mota controverſia ſtatûs *vid. l. 1. pr.* & notabiliter *l. 3. §. 15. & ſeq. ff. de Carbon Edict.* De hac proſtant (III.) alia exempla in *§. 4. b. verſ. noviſſimè.* Vel DEFINITE, ita, ut ſemel certis caſibus, & perſonis præpoſita, his ipſis causâ cognitâ permanenter, & pleno effectu decernatur, quò ſpectat ſpecies propoſita in *l. 84. ff. de acquir. vel omitt. hæred.* Item in *l. 4. §. fin. l. 5.* nec non *l. 14. §. ult. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tabb.* jungatur caſus *l. 2. ff. de veter. & milit. ſucc.* atque ea, quæ habet *Ludov. in Theſ. Jur. ff. h. t. num. 29. Vinn. ubi ſuprà.* Sunt, qui extraordinariam cum Decretali confundunt, ſed vix benè, cùm extraordinaria ex eo dicatur, quòd non oriatur ex certa Edicti parte, detúrque certis perſonis, ſed ex ſpecialibus legibus SCtis, aut Principum Conſtitutionibus : nec per ſe loquendo, & ùt talis eſt, cauſæ cognitionem requirit, veluti Decretalis.

3

(a) Eſt & alia notabilis differentia : Edictalis quippe defertur ipſo jure ſtatim à morte relinquentis : Decretalis primùm per Decretum acquiritur *l. 1. §. 7. ff. de Edict. ſucceſſ.* Unde in illa Judex tantum juris exercitium, in hac ipſum jus tribuit, adeóque in illa etiam Judex incompetens ſufficit. *l. 3. §. 8. ff. h. t.* Illam quippe jam delatam tantùm agnoſcimus : Iſtam à judice naniſcimur.

4 Ordinaria bonorum poſſeſſio, vel ſupponit teſtamenti tabulas, vel non? Si ſupponit, vel eſt *ſecundùm tabulas*, vel *contra*. Illa competit principaliter, & ex intentione primaria hæredi in teſtamento, quod de Juris Civilis ſubtilitate non ſubſiſteret, inſtituto, puta, ſi poſthumus alienus (olim) fuerit inſtitutus, *princ. Inſt. h.* vel, ſi teſtamentum nativitate poſthumi præteriti ruptum ſit, ſed poſthumus natus vivo teſtatore adhuc decedat, ùt infrà videbitur. Requiritur tamen (I.) ut non ſit petita bonorum poſſeſſio contra tabb. *l. 2. pr. ff. de bon. poſſeſſ. ſec. tabb.* (II.) ut ſint tabulæ ſupremæ, *l. 1. §. 1. ff. eod.* (III.) ut ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, *l. 7. ff. d. t.* (IV.) ut teſtator utroque tempore, quo ſcilicet teſtamentum fecit, & quo moritur, teſtamenti factionem habuerit, *l. 1. §. 18. ff. eod.* competit etiam, quamvis non ex neceſſitate, omnibus hæredibus in teſtamento Jure Civili valido ſcriptis *princ. Inſt. h.* juvat enim plura habere remedia, præſertim, cùm bonorum poſſeſſio ſit facilior, *arg. l. 3. §. 7. ff. h. t. l. 1. & ult. C. qui admitt. ad bon. poſſeſſ. vid. Vinn. ad pr. h. n. 2.* (a) ISTA, id eſt, contra tabulas datur liberis emancipatis, caſu quo fuerint in teſtamento paterno (non materno, *l. 4. §. 2. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* quia à matre præteriti habentur pro exhæredatis) præteriti. Dixi, *emancipatis:* Suis præteritis, nullo modo eſt neceſſaria, cùm teſtamentum nullum dicant: Sed ob promptitudinem remedii prætorii, & quia molliùs proceditur, ab his quoque uſurpatur, *§. 12. de hæred. quæ ab int. l. 12. §. 1. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* Imò quandoque (quod paradoxum videbitur, etiam competit inſtitutis. Pone, quòd frater emancipatus ſit inſtitutus, alter frater præteritus: in hoc caſu præteritus recurrit ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, omniaque redigit ad cauſam inteſtati, conſequenter & alter inſtitutionis jure deſtitutus, hôc remediô uti debet, aliàs per reſciſſionem teſtamenti excludendus, *vid. l. 3. §. 11. l. 10. §. fin. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* Quod procedit, etiamſi præteritus agnoſcat voluntatem defuncti, cùm enim (ait *JCtus in d. l. 10. §. ult.*) *ſemel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admiſſi, jam non curant, petant illi, nec ne, bonorum poſſeſſionem.* Neque à ſe ipſo diſſentire exiſtimes Ulpianum, dum in *cit. l. 3. §. 11.* primùm tunc inſtitutos ad remedium contra tabulas admittere videtur, ſi præteritus ad hoc Edictum recurrat, ibi: *Planè, ſi aliud committat Edictum, & ipſe* (inſtitutus) *ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem admittetur.*

Nam

(a) Ubi oſtendit, initio Prætorem tantùm illos reſpexiſſe, qui jure civili non vocabantur, ſed ſolùm prætorio, fortè inſtitutos teſtamento ſeptem teſtibus ſubſignato (non tamen ſubſcripto) *l. 2. C. de bon. poſſ. ſec. tab.* Progreſſu poſtea temporis etiam hæredibus civilibus ſuccurriſſe, quatenus Prætor juris civilis miniſter eſt.

Digitized by Google

Nam imprimis incluſio unius non eſt excluſio alterius, ſed potiùs per textum clariorem ſupplenda: Deinde ad hoc, ut committatur Edictum, ſufficit, ſi competat jus impugnandi tabulas, eſto præteritus actu non impugnet. *Berger in Theſ. Jur. de bon. poſſ. contr. tab. num. 6.*

Dividitur denique in illam, quæ cum *Re*, & eam, quæ ſine Re defertur. Illa dicitur, quando quis cum effectu bona retinere poteſt: Hæc, cùm alii jure civili facultas evincendi hæreditatem competit: Pone Titium hæredem inſtitutum in teſtamento juris ſubtilitate nullo quidem, ſed jure prætorio ſubſiſtente, ùt, ſi fortè ſuus fuerit præteritus: Hic inſtituto decerni poteſt poſſeſſio, ſed ſine *Re*, quia præterito competit facultas hæreditatem vindicandi. *Ulp. in Frag. tit. 23. §. 6. & in terminis tit. 28. §. 13.* jungat. *l. 6. §. fin. l. 7. ff. l. 2. C. de inoff. teſtam. Struv. Exer. 32. Th. 11.* (a) 5

Hactenus de Bonorum Poſſeſſione, quæ ſupponit teſtamenti tabulas, ſequitur ea, quæ non ſupponit, defertúrque ab inteſtato, & quidem olim per octo ſpecies, prima *liberis*, ſecunda *legitimis*, tertia *decem perſonis*, quas extraneo manumiſſori præferebat, quarta *cognatis proximis*, quinta *tanquam ex familia* (intelligit familiam, ſeu agnatos patroni) *Vinn. ad §. 1. h. num. 3.* ſexta *patrono, patronæque*, liberiſque eorum, & parentibus, ſeptima *viro, & uxori*, octava *cognatis* manumiſſoris, *vid. d. §. 3.* Hodie, quibusdam ex his abrogatis ſuperſunt quatuor: *Unde liberi*, qua vocantur *liberi* tam ſui, quàm emancipati, *l. 7. §. un. ff. ſi tab. teſtam. null. extab.* *Unde legitimi*, quo Edicto invitantur *Agnati*, *l. 2. §. 1. & 2. ff. unde legit.* *Unde Cognati*, qui poſt agnatos admittuntur, *l. 1. pr. ff. unde cognati.* Ac *Unde vir, & uxor*, qui, illis deficientibus, ad bonorum poſſeſſionem vocantur, *tot. tit ff. & C. unde vir & uxor.* 6

Ex hucusque dictis patulum eſt, bonorum poſſeſſionem cunabula ſua debere Prætori, qui eam æquitate motus introduxit, dicique poteſt, *Cauſa efficiens remota:* Proxima erit Magiſtratus, qui pro caſibus particularibus juxta Edicta Prætoris eam decernit: & olim quidem tantùm Magiſtratus majores, *l. 2. §. 1. & ſeqq. ff. quis ord. in poſſeſſ. ſerv.* Jure novo quisvis Judex, *§. ult. I. h. D. D. Franz p. m. ibid. n. 10.* 7

(a) Hinc, obſervante Vinn. *ad pr. Inſt. de exhæred. lib. num. 7.* verſu. *Etenim*, ſolet Prætor bonorum-poſſeſſionem *ſec. tab.* ne dilatio ſine effectu decernatur *l. 2. ff. d. B. P. ſec. tab* differre. Poteſt enim præteritus (num & reliqui agnati, ut ille vult, mox infra videbimus) teſtamentum impugnare. Quapropter Prætor ſervat hunc ordinem, ut prius inquiratur, num extet teſtamentum, quo caſu ſtatim obtinet *B. P. contr. tab. l. 4. §. 11. ff. de Carb. Carb. l. 2. ff. de B. P. ſec. tab* & primum poſtea aperitur via ad *B. P. ſec. tab.* Ulpianus in *Frag. tit. 29. §. 3. & ſeqq.*

8 Subjectum conſtituunt ii, quibus defertur, defertur autem illis, quos Jus Civile negligit eorum quaſi obliviſcendo, non item, quos expreſsè repellit, *l. 12. §. un. ff. b. t.* Prætor enim miniſter eſt Juris Civilis, *arg. l. 14. ff. de teſtib.* ejúsque viva vox laudatur in *l. 8. ff. de J. & J.* Hinc eſt, quòd non detur ritè (id eſt validè, eſto illicitè) exhæredatis, *l. 8. pr. & §. 2. l. 10. §. 5. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* Neque crucem tibi figet, quòd *Ulpian. in citt tt.* dicat, exhæredatis competere querelam inofficioſi, quæ utique remedium civile eſt, ſi cogitaveris, querelam inofficioſi non lege quadam civili, ſed moribus fuiſſe introductam, ut ſuo loco diximus. Debet tamen is, cui defertur, illam poſſe agnoſcere, ubi regula traditur, omnes eos poſſe bonorum poſſeſſionem agnoſcere, qui hæreditatem adire, quæ affirmativè, non autem negativè procedit, *vid. Stryck. loc. cit. c. 2. §. 2.* unde infertur, agnoſcere non poſſe FURIOSOS, *l. 1. §. 3. 9. & 10. ff. de A. vel A. P.* Sed Curator, vel proximus agnatus eorum nomine petit, *l. 1. ff. de bon. poſſ. furioſ. &c.* INFANTES, quorum nomine vel pater, vel tutor, ſub quorum ſunt poteſtate, agnoſcit, *l. 7. §. 1. ff. t.* MUTI, SURDI, & COECI. Ratio horum eſt, quia conſenſum manifeſtare non poſſunt. Aliter igitur dicendum de Pupillis; Minorennibus, aut Prodigis, qui, cùm conſenſum præſtare valeant, etiam bonorum poſſeſſionem (accedente tamen authoritate Tutoris, vel conſenſu Curatoris) agnoſcere non prohibentur, *l. 7. C. qui admitt. ad bon. Poſſeſſ.* (a) Notabile ſubeſt hic diſcrimen inter aditionem hæreditatis, & agnitionem poſſeſſionis; illa enim non poteſt fieri per Procuratorem, hoc ipſo etenim, quòd Procuratori demandetur, jam eſt facta, nec Procuratori quid aliud expediendum reſtat, *l. 26. ff. de A. vel A. H.* Benè verò agnitio poſſeſſionis, *l. 3. §. 7. b. t.* quia agnitio poſſeſſionis ſolo mandato, niſi accedat officium Judicis, nondum eſt completa, *Ludovic. in Theſ. Jur. d. t. num. 17.*

9 Forma abſolvitur debitis requiſitis. Requiritur autem (I.) ut petatur debito tempore, nimirum ab aſcendentibus, & deſcendentibus intra annum, largius enim his tempus indulgetur in honorem ſanguinis, *l. 1. §. 12. ff. de ſucc. Edict. Hopp. b. t. ad §. 4.* ab aliis verò ſive agnatis, ſive cognatis intra centum dies, *§. 4. & 6. b.* Eſt tamen tempus utile, tam ab initio, quàm in decurſu, id eſt, ut tantùm computentur dies faſti, ſeu judiciales (intellige, ſi ſermo ſit de poſſeſſione Decretali, quæ cau-

(a) Ulterius hic advertendum, quòd, ſi non vult proximior, admittatur remotior ſine diſcrimine, adeóque tam lineæ ad lineam, quam gradûs ad gradum *tot. tit. ff. de ſucc. Edict.* Paulò aliter diximus de Jure Civili *tit. priori in not. ad num. 8.* videri etiam poteſt *l. 1. §. 18. & 11. de Succeſſ. Edicto,* nec non *Stryck d. tr. Diſſ. 9. c. 2. §. 34.*

Digitized by Google

cauſæ cognitionem expoſcit, *Stryck. loc. all. §. 35. vid. l. 2. §. 1. quis ord. in poſſ. ſerv.)* & incipiant à die ſcientiæ, *d. l. 2. pr. ff. d. t.* Attamen hoc tempus utile ultra tricennium haud erit extendendum, ne remedium Prætorium diutiùs duret, quàm Civile, uti ex *Vigilio* optimè advertit *D. D. Franz. p. m. b. n. 14.* Diſſentit cum aliis *Stryck. d. diſſ. 9. c. 7. §. 26.* nec mille annos ignoranti currere, contendens.

Hic notandum, ſcientiam Tutoris (idem de patre) nocere pupillo, ita tamen, ut regreſſus contra Tutorem competat, *l. 7. §. 2. ff. b. t.* quòd ſi Tutor ſolvendo non ſit, competit pupillo in integrum reſtitutio. Scientia Tutoris itaque facit, ut currat tempus præſcriptionis, quò minùs Tutor eo elapſo bonorum poſſeſſionem petere queat, *l. 17. §. 2. ff. b. t.* non tamen pupillis, vel impuberibus, hoc nocet, quin illam proprio nomine adhuc petere poſſint, *arg. l. 3. ff. quis ord. in poſſ.* Requiritur (II.) ut petatur coram Magiſtratu, per quod ſubſtantialiter differt ab hæreditate, quam hæres etiam privatè, ſolo animo verbis, vel factis declarato in-vel extra judicium adire poteſt; bonorum poſſeſſio econtra præter voluntatis declarationem, authoritatem judicialem requirit, *§. fin. b. l. 9. C. qui admitt. ad poſſ.* Rationem diverſitatis ſubminiſtrat *Struv. ſynt. Jur. Civ. b. t. Th. 8.* quia aditio fit authoritate legis, ſeu juris civilis, quoniam autem jure Prætorio vocantur illi, quorum lex oblita fuit, non admittuntur, niſi implorent Prætorem, ut ſecundùm ejus Edictum liceat ipſis bonorum poſſeſſores, ſeu vice hæredum eſſe.

Effectus bonorum poſſeſſionis alius eſt proximus, alius remotus. 10
Proximus eſt, quòd tribuat dominium hæreditatis Prætoriæ, ita, ut bonorum poſſeſſor eodem ferè jure cenſeatur, quo hæres civilis, *l. 2. ff. b. arg. l. 117. ff. de R. J. Hopp. ad princ.* Non tamen ſine differentia haud quaquam prætermittenda inter poſſeſſionem Edictalem, & Decretalem. Illa quippe per ſe loquendo, uti ſupra memoravimus, tribuit effectum perpetuum non minùs, ac ea ſucceſſio, quæ ex lege civili defertur: Iſta è contrario (ſaltem ſi ſit ſpecies indefinitæ) effectum tantùm temporarium per ſe loquendo habet: Fac enim impuberi poſt mortem patris fuiſſe motam controverſiam ſtatùs, ac interim fuiſſe decretam bonorum poſſeſſionem, anne ſecurus erit, ſe illa poſſeſſione fruiturum? quid enim, ſi probaretur ſuppoſititius, adulterinus? vid. omninò *l. 3. §. 5. ff. de Carbon. Edict.*

Effectus remotus ſunt remedia, quæ bonorum poſſeſſori compe- 11
tunt, videlicet *Poſſeſſoria hæreditatis Petitio, & Interdictum* quorum bonorum, de quibûs ſuô locô.

Verùm inſurget, ut prævideo, vaniloquus praxeos Jactator, quo bo-

bono inquiens, de hac materia implentur tot folia, cùm jam exoleverit? Sit quòd apud ejusmodi praxis Maſtygem, qui fortè ſucceſſionem hanc honorariam nunquam vel audivit, vel intellexit, nauſeam pariat, aut rubiginem contraxerit, aliis tamen meliùs ſentientibus, nobiſque nondum abolevit. Dabimus caſus, quos cum aliis exhibet *Strun. ſyntag. Jur. Civ. Exer. 38. th. 42.* ex quibus ventoſus iſte praxiſer difficulter ſine bonorum poſſeſſione prætoria ſe extricabit.

Primus eſt, ſi teſtamentum nativitate poſthumi præteriti ſit ruptum, & poſthumus vivo adhuc teſtatore decedat, teſtamentum jure civili ruptum manet, ideóque inſtitutus hæres aliud remedium non habet, niſi remedium prætorium, quatenus hoc teſtamentum ſola æquitate Prætoris ſuſtinetur, *l. 12. ff. de injuſt. rupt.*

Secundus eſt, ſi teſtamentum ruptum fuerit *capitis diminutione* teſtatoris, fortè, quòd fuerit poſt conditum teſtamentum deportatus, & rurſus ante mortem reſtitutus; etiam hic teſtamentum jure honorario ſolummodo ſuſtinetur per clarum textum in *§. 6. quib. mod. teſt. infir. l. 6. §. 12. ff. de injuſt. rupt. irrit.*

Tertius, ſi hæres ſuus præteritus teſtamentum jure civili nullum impugnare nolit, rurſus tantùm ex bono & æquo (id eſt, ex æquitate Prætoris) ſuſtinetur *l. 17. ff. de injuſt. rupt.* (a)

Quar-

(a) Sunt, qui contendunt, ejusmodi teſtamentum eſſe omni jure nullum, cùm ſuccedatur ab inteſtato. *l. fin. ff. de lib. & poſth. l. 1. §. fin. ff. ſi tab. teſt. null. extab.* Sed verius eſt valere (1) quia competit bonorum poſſeſſio contra *tabb. l. 1. ff. de B. P. contr. tabb. §. 1. inf. h.* (2.) Scriptis ſimiliter hæredibus competit *B. P. ſec. tabb.* (3) Prætori ſui & emancipati æquali lance ponderantur *§. 3. de exhær. lib.* Quò etiam facit (4.) *l. 12. & 17. ff. de injuſt. rupt. irrit.* Argumentum contrarium tantum probat, Prætorem ſervare ordinem, & priùs admittere bonorum poſſeſſionem contra tabb. Non autem, quod illa deficiente planè excludantur hæredes ſcripti. vid. *l. 2. pr. ff. de B. P. ſec. tabb.* Non obſtat *princ. Inſtit. de exhær. lib.* quia intelligi debet de jure civili.

Num vero valor iſte ſolummodo tunc obtineat, ſi ſcripti hæredes tales ſint, qui etiam aliàs venirent ab inteſtato, num etiam, ſi extranei ſint inſtituti, ita, ut debeant CUM RE præferri conſanguineis in gradu à præterito diverſo, ſeu quibus non competit legitima, conjunctis? Difficilior eſt diſceptatio. Poſterius aſſerit *Stryck. cit. Tr. diſſ. 9. c. 4. §. 12.* ob apertum textum *in l. 2. ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* qui generalis eſt. Cui opinioni maximè ſuffragatur ratio, tum quod hæredes ab inteſtato non indigeant beneficio Prætoris, utpote jure civili venientes, tum etiam, quòd ſi abſtentio filii non obſtat hæredibus reliquis ab inteſtato, ſucceſſio Prætoria omni effectu deſtitueretur. Priorem autem ſententiam poſt alios defendit Bachov. *quib. mod. teſt. infir. ad §. 5. num. 3.* Cui in terminis favere videntur tan. *l. 12. & 17. ff. de injuſt. rupt. irrit.* quam *l. 12. §. 1. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* docetque competere quidem hæredibus ſcriptis bonorum poſſeſſionem *ſec. tab.* Sed SINE RE, adeóque hæredibus jure civili venientibus reſtituenda, cum jus illud ſit fortius. Ad illud vero,

quod

Quartus affertur, quando hæres eſt ſub conditione inſtitutus ante adventum conditionis jure prætorio ad petitionem hæreditatis admittitur, *l. 5. pr. l. 6. de bon. poſſ. ſec. tab.*

Quintus eruitur ex *l. 1. §. 6. ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* Pone, exſtare duo teſtamenta eodem tempore ſubſignata; jure civili neutrum valet, quia non ſcitur, quale ſit prius, quale poſterius, *arg. l. 30. ff. de teſtam. tut. & l. 77. ff. de contr. empt. vend.* ſuſtinentur nihilominus per modum unius authoritate Prætoris, *d. l. 1. §. 6.*

Sextus adducitur, ſi hæres ſuus teſtamento præteritus in ſui exhæredationem conſenſerit, vel non conſenſerit quidem, ſed ante patrem moriatur; teſtamentum jure civili non ſubſiſtit, *princ. Inſt. de exhæred. lib. arg. l. 7. & l. 30. ff. de lib. & poſth.* obtinet tamen jure prætorio, *l. 2. pr. ff. de bon. poſſ. ſec. tab. l. 6. §. 6. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.*

Septimus ad rem erit, ſi teſtator ſecundum teſtamentum laceret eo fine, ut prius reconvaleſcat, *l. 11. §. 2. ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* Et hi potiſſimùm ſunt caſus, ubi eſt neceſſaria bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas. Contra tabulas extat

Octavus in *l. 12. §. un. ff. de bon. poſſ. contr. tabb.* qui talis eſt: Pater condidit teſtamentum, filiúmque exhæredavit, poſtea aliud teſtamentum fecit, ſed imperfectum, puta coram quinque tantùm teſtibus, in quo filium, alio poſt filium proximo conſanguineo hærede inſtituto, præterivit. Hic jure civili poſterius teſtamentum nullum, filiô utpote præteritô, ex æquitate tamen (Prætoris) ſuſtinetur: Et hoc ideo, ne filius cogatur impugnare prius teſtamentum per querelam inofficioſi, in qua deberet dementiam paternam arguere; ſed, ut potiùs per bonorum poſſeſſionem *contr. tabb.* quæ eſt remedium facilius, ad hæreditatem pervenire valeat. *Cocc. Jur. contr. de injuſt. rupt. quæſt. 13.* (a)

No-

quod hæredes ab inteſtato non indigeant beneficiô Prætoris, reſpondebit, hoc fuiſſe introductum non tam in eorum favorem, quàm potius ultimæ voluntatis teſtamentariæ, ut ſubſiſtant legata aliàs, ſi ab inteſtato venire poſſent, peritura. Limitat tamen ſuam ſententiam ſubtilis Author, præſertque ſcriptos hæredes, & quidem CUM RE, in caſu quo teſtamenta ab initio jure civili valuit, & per agnationem ruptum jure prætorio ſuſtinetur; ſi nimirum natus iterum decedat, hic quippe ſubeſt & major efficacia, & major æquitas, quàm quando ab initio teſtamentum fuit nullum, & tantùm ſuſtinetur jure prætorio. Jam elige, & nobis liberum ſentiendi arbitrium, pro hac vice indulge.

(a) Multorum hic error eſt, ait nonnemo: Non enim per teſtamentum imperfectum de quo agitur tum in *l. 2. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſt.* tum *l. 12. ff. de bonor. poſſ. contr. tabb.* hic intelligitur illud, quod Imperator allegat in *l. 21. §. 3. C. de teſtam.* Sed illud, quod ſolennitate ſaltem prætoria abſolutum, id eſt, à ſeptem teſtibus ſigna-

Nonus eſſe poteſt, ſi filius inſtitutus ex perſona præteriti contra cohæredem extraneum ad hæreditatem venire cupiat, *l. 3. §. 11. l. 4. §. 13. l. 10. §. ult. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* ubi *Ulpianus* notat voluiſſe Prætorem, ut ſervetur ordo, atque omnium primò competat liberis bonorum poſſeſſio contra tabulas, & *mox* (ita ſonat textus) *ſi inde non ſit occupata, judicium defuncti ſequendum; exſpectandi igitur erunt liberi, quamdiu bonorum poſſeſſionem petere poſſunt, quòd ſi tempus fuerit finitum, aut ante deceſſerint, tunc revertetur bonorum poſſeſſio ad ſcriptos.* Conſul. omninò *Stryck. cit. diſſ. 9. c. 5. §. 14.*

Jam quid ad hos, aliósque ejusmodi caſus, quos affert, & latiùs deducit mox laudat. *Stryck. ubi ſupra c. 4. à §. 8. usque ad 51. & c. 5. à §. 12.* dicet, vel reſpondebit Adverſarius, qui hoc remedium abrogatum contendit? quo jure ille conjuges in defectum conſanguineorum (& hic erit Decimus) niſi ex Edicto Prætoris, *unde vir, & uxor*, vocare ad ſucceſſionem poſſit, non perſpicio. Item, quo jure admittet nepotem, qui,

gnatum; ſed ob præteritionem filii, vel alium civilis ſolennitatis defectum, v.g. ſubſcriptionem teſtium, jure civili nullum eſt. Prætor ſiquidem nil aliud attendit, quàm an tabulæ ſint ſupremæ, & ſeptem teſtium ſignaculis munitæ. *L. 1. §. 1. l. 8. ff. de B. P. ſec. tab.* Alias ſolennitates præſertim circa inſtitutionem, vel exhæredationem filii non moratur. *L. 12. & 17. ff. de injuſt. rupt. irrit teſt. l. 2. pr. ff. de B. P. ſec. tabb.* Verùm optarem, ut Notator hunc errorem meliùs probâſſet, allegando nimirum legem (cùm ejus verba legislatoria authoritate minimè polleant) noſtræ deciſioni manifeſtè contrariam. Profectò textus adducti errorem prætenſum non probant; ſed tantùm declarant, quænam ſolennitates à Prætore generaliter & regulariter requirantur, quibus ſi ſit teſtamentum munitum, minimè, ut falſiſſimè ſupponitur, imperfectum eſt; ſed potiùs ita perfectum, ut Prætor ſcriptis in eo hæredibus (juxta ipſum Notatorem etiam extraneis) bonorum poſſeſſionem decernat. Ita eſt, reponet Notator; ſed non ſine diſcrimine. Extraneis defert SINE RE; ab inteſtato verò, ſemoto filio, venientibus CUM RE. Nec nos aliter! ſed per hoc error prætenſus nullatenus probatur. Quòd enim, ſi ſecundum teſtamentum in data hypotheſi ſeptem teſtium ſignis munitum ſit, competat bonorum poſſeſſio, nemo negat; verùm hoc non requiri, ſed ſufficere, ſi adfuerint quinque teſtes, donec manifeſto textu probetur error, cum aliis longè nobis gravioribus ſine hæſitatione contendimus. Dices (cauſam Notatoris ſuſcipiens) utique error exinde patet, quòd Prætor aliud teſtamentum, quàm ſeptem teſtium ſignis munitum non agnoſcat? Regulariter hoc verum eſt; ſed ſimiliter pariter notum, nullam ferè regulam ſine exceptione; hinc voluit Prætor (quem poſtea ſecutus eſt Imperator *in d. l. 21 §. 3. C. de teſtam* ad quam ipſe Notator appellat) pro caſu, ubi proximi poſt filium hæredes inſtituti ſunt, quid ſpeciale ſtatuere; ſi enim teſtamentum ſeptem teſtibus ſit munitum, Prætori nullatenus eſt imperfectum; & quidem tam parùm (in ſua linea) quàm teſtamentum aliàs privilegiatum. Cæterùm ſit contrariæ opinioni ſua probabilitas; nec enim derogare hactenus (eſto eodem jure fieri poſſet) intendimus; ſed noſtram, ſecluſa legislatoria authoritate, ſine qua ita carpere erubeſcendum foret, tam aperti erroris arguere non patimur. Prò Dii! Quàm multi errores, ſi quæ alteri non placent, erronea eſſent.

qui, repudiata hæreditate paterna, ád avitám venire deſiderat? quò ſpectat *l. ult. C. unde liberi. Qui ſe* (ſunt verba Conſtantini Imperatoris) *patris poſt avum inteſtatum negat hæredem, mortui avi paterni ſuſcipere facultates non poteſt, maximè emancipatus, niſi per bonorum poſſeſſionem ad ejusmodi beneficium pervenerit.* Et quamvis verum ſit, in foro bonorum poſſeſſionem nomine-tenus rariùs frequentari, cùm ejusmodi Prætores ampliùs non adſint, atque, prô pudor! non paucis, quales ſe jactant, cauſarum Patronis, ſeu potiùs rabulis forenſibus ſit ignota, quia tamen Magiſtratus, & Judices moderni pari poteſtate ſunt inſtructi, hodie hoc remedium toties *re ipſa* obtinet, quoties implorato Judicis officio ſe ſucceſſorem quis declarari petit. Ita credimus *Stryckio*, viro in praxi celeberrimo, ac verſatiſſimo, qui *de ſucc. ab Int. diſſ. 1. c. 1. §. 64. & ſeqq.* teſtatur, hodiernis moribus bonorum poſſeſſionem non tantùm ſummè utilem, ſed etiam quandoque maximè eſſe neceſſariam. Idem poſt alios à ſe *citt.* contendit *Hopp. uſ. bod. h. ad §. 1.*

TITULUS XI.

De Acquiſitione per Adrogationem.

PRæter ſucceſſionem civilem, & prætoriam, de quibus hactenus, erat olim & alterius generis per univerſitatem ſucceſſio, conſenſu (tacito, ſeu moribus) videlicet per arrogationem introducta, quatenus arrogatus ſe, & ſua omnia in poteſtatem arrogantis transferebat, *pr. & §. 1. h.* Neque offendant te particulæ per parentheſin allatæ: *tacito, ſeu moribus*, dum utique arrogatio lege introducta fuit, eáque approbatum, ut, cùm arrogans patriam poteſtatem in arrogatum acquirat, etiam bona nanciſcatur, *arg.* eorum, quæ de patria poteſtate dicta ſunt. Nam modus arrogandi fuit quidem lege approbatus, facultas verò alio jure, quàm Romano introducta, à Romanis pedetentim recepta dicitur, veluti nervosè explicat *Cujac. apud Vinn. ad pr. h.* Dictum fuit: *omnia*, exceptis iis, quæ capitis diminutione (minima) peribant, v. g. obligationes operarum, jus agnationis, nec non jure veteri (nam hodie non ampliùs hac diminutione hæ ſervitutes pereunt, *l. pen. §. fin. C. de Uſufr.*) uſusfructus, & uſus *d. §. 1. h.* Nec etiam tenebatur arrogans creditoribus hæreditariis nomine proprio reſpondere; nomine filii verò conventus, ſi defendere nolebat, bona filii iis dimittere cogebatur, *§. fin. h.* Jure Juſtinianeo filius arrogatus eo modo arrogatori acquirit, quô naturalis, *§. 2. h.* quomodo verò eidem ſuccedat, vidimus *tit. priori n. 10.*

Digitized by Google

TITULUS XII.

De eo, cui libertatis cauſa bona addicuntur.

ACceſſit novus caſus ſucceſſionis ex Conſtitutione D. Marci, ùt ait Imperator *in pr. b.* Pone defunctum reliquiſſe teſtamento (vel ab inteſtato) quibusdam ſervis libertatem, hæredem autem inſtitutum noluiſſe hæreditatem fortè ſuſpectam adire, & hinc, utpote teſtamento hærede deſtituto, eam (libertatem) periclitari. Hic poterant ejusmodi ſervi, vel unus ex iis, præſtita cautione idonea de ſatisfaciendo creditoribus, petere, ut ſibi bona defuncti addicerentur, & ita tum voluntas defuncti tum dationes libertatum conſervarentur. Reſcriptum D. Marci refertur in *§. 1. b.* & ita ſubveniebatur & libertatibus, & ſimul defunctis, ne eorum bona à creditoribus cum non levi famæ macula, *arg. §. 1. quib. ex cauſ. manum.* poſſiderentur, & venirent, nec non ipſis creditoribus, quibus in ſolidum debebat ſatisfieri.

TITULUS XIII.

De Succeſſionibus ſublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, & ex SCto Claudiano.

POſtremò locò duæ numerantur ſpecies univerſalis ſucceſſionis. *Prima* BONORUM VENDITIO, non quæ fit ab hærede, qui jus ſuum hæreditatis vendit, de qua infrà, ſed quæ obtinebat, quando debitor ſolvendo non erat, tunc quippe ejus bona ex Edicto à creditoribus poſſidebantur, ut publicè proſcriberentur, & nomine debitoris venderentur, quam venditionem Veteres ſectionem vocabant. Ambagibus tamen multis, ùt innuit *text. b.* opus erat (I.) enim petebatur, ut liceret creditoribus bona vendere, (II.) ut Prætor permitteret Curatorem bonis conſtituere, qui bona in auctione diſtraheret, (III.) ut liceret legem dicere venditioni, & cum emptore, cui bona addicebantur (vocabant ſucceſſorem prætorium) de parte ejus, quod cuique deberetur, paciſci. Hodie imploratô Judicis officiô jubentur creditores bona poſſidere, & de illis, prout videtur, diſponere, *l. 7. ff. quib.*

ex cauſ. in poſſ. eat. jungat. *nov.* 53. *Secunda* erat per SC. CLAUDIANUM, *Miſerabilis*, ùt vocat Juſtinianus *§. un. h.* per univerſitatem *Aquiſitio*, cùm libera mulier ſervili amore bacchata (id eſt, ſervo ſe proſtituens) ipſam libertatem amittebat, & cum libertate ſubſtantiam, quæ ſervi Domino acquirebatur. Hoc ùt indignum aboleri juſſit Imperator, & ejus loco ſervum altàs caſtigari, & fœminam ab eo liberari juſſit in *l. un. C. de SCto Claud. toll.*

TITULUS XIV.

De Obligationibus.

VEntilata ſunt hactenus ea, quæ ſpectant ad præcipuas ſpecies *Juris* IN RE, videlicet Dominium, & Servitutem (de Pignore, & Poſſeſſione alibi agendum) eorúmque conſtitutionem, & acquiſitionem tam per actus inter vivos, quàm ultimæ voluntatis: Tempus eſt, ut diſcamus etiam, quæ pertinent ad *Jus* AD REM, quod peſſimè à quibusdam reducitur ad primum Juris objectum, cùm illud ſit jus perſonarum, ubi agitur de ſtatu hominis, ſeu perſonæ, hoc verò, etſi perſonæ inhæreat, ultimatò tamen rem reſpicit, & ad illam terminatur, ùt appoſitè dilucidat *Cocc. ff. de Rer. diviſ. quæſt. 4. Hopp. h. in pr.* Pertinet autem vel maximè OBLIGATIO non tanquam, ceu aliqui volunt, ejus cauſa efficiens, cùm illo nullatenus ſit prior, neque ùt ejus pars, veluti contendit *Huber, lib. 4. digreſſ. c. 5.* ſed tanquam ejus correlativum, *Hopp. ibid.* Siquidem Jus ad Rem, & obligatio eodem ita inſtanti conſurgunt, ſicut paternitas, & filiatio, adeò ut unum ſine altero concipi tam parùm poſſit, quàm certiùs videtur, obligationem eſſe terminum Juris ad Rem. Revid. dicta *lib. 2. tit. 1. n. 10.* (a) Pertinent ulteriùs *Cauſæ obligationis productivæ*, ſúntque FACTA, tum *Licita*, tum *Illicita*, de his *lib. ſeq.* De illis modò diſcurrendum, atque de earum utilitate verè dicendum, quod *Ulpianus* memorat in *l. 1. ff. de in integr. reſtit.* *Utilitas hujus tituli* (imò omnium ſequentiũ) *non eget comendatione, ipſe enim ſe oſtendit.* Eſt quippe, ùt ait *Schamb. in pr. ad h. t.* præſens materia neceſſaria omni hominum generi

(a) Si igitur inſis jus ad rem non oritur, ſeu emanat ex obligatione, unde ergo? Ex iis ipſis cauſis, unde obligatio: ſicut enim reſpectu contrahentis, ſeu delinquentis tanquam debitoris naſcitur obligatio; ita ex parte creditoris tanquam correlativum, jus ad rem. Aliàs quippe deberemus dicere contra morem hactenus paſſim receptum: Effectus contractûs (ſeu delicti) PROXIMUS eſt obligatio, REMOTUS Jus, & REMOTISSIMUS Actio.

neri, quod ſine contractibus, & negotiationibus, ex quibus obligationes, & actiones oriuntur, ſubſiſtere nequit, prout quotidiana docet experientia; idcircò juxta conſilium *Pauli in l. 25. ff. de liberat. leg.* utpote quotidiana, paulò pleniùs tractanda: ut autem ordine procedamus, ſit

PARS I.

Satisfit Rubricæ.

1 Rubrica obligationem præfefert: eſt autem obligatio, finiente Triboniano in *pr. h. Juris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ ſecundùm noſtræ civitatis jura.* Dicitur *vinculum* non inter debitorem, & creditorem, ùt contendit laud. *Hub. l. cit. & hic n. 2.* creditor enim non eſt debitori viciſſim adſtrictus, cùm poſſit ei jus pro libitu condonare, ſeu remittere; ſed vinculum, quo debitor creditori obſtrictus eſt, vi cujus illi neceſſitas incumbit, & huic petendi facultas competit. Dicitur *neceſſitate*, quæ eſt virtus cunctarum obligationum. Unde JCtus in *l. 52. pr. ff. de O. & A.* ſenſu planè arbitrario neceſſitatem unam ex pluribus obligationum cauſis appellat, neque ex arte, ſed populariter in *d. l. 52. §. 7.* obligationem ſumit. Dicitur *ſolvendæ.* Quod verbum explicandum eſt juxta mentem *Paulli in l. 3. ff. d. t.* ubi ait, obligationum ſubſtantiam in eo conſiſtere, *ut alium nobis obſtringat ad dandam aliquid, vel faciendum, vel præſtandum.* *Dare* eſt dominium transferre. *§. 14. de Act. l. 75. §. ult. ff. de V. O.* *Facere*, quando ſolutioni, & præſtationi opponitur, ſignificat factum quoddam perſonale, quod non immediatè tendit ad rem tradendam, ſed in miniſterio perſonali v.g. *ædificare domum: pingere tabulam: manumittere ſervum: ire Romam*, conſiſtit, *l. 72. §. fin. & l. 84. ff. de V. O.* nomine *faciendi* ſubintelligitur etiam omiſſio. *Præſtare* eſt idem, ac implere quamlibet fidem contractûs, quatenus à dando, & faciendo diſcrepat, ùt *præſtare fidem*, præſtare culpam, evictionem, & ſimilia. *Hub. h. num. 2.* Cùm tamen hæc finitio videatur nimis anguſta, aliam ſubſtituimus, magis genericam. *Eſt vinculum morale adſtringens ad aliquid præſtandum.* Explicatio patet ex dictis: Suo ambitu autem ita definita, comprehendit tum obligationem Juſtitiæ, tum aliarum virtutum, puta: Religionis, Charitatis, Pietatis, Honeſtatis &c. de quibus non ſunt hic noſtræ curæ.

Obligatio Juſtitiæ, quæ noſtri fori, eſt *vinculum juris adſtringens ad aliquid præſtandum, ſeu omittendum habens pro menſura voluntatem, & com-*

Digitized by Google

commodum ſolius obligantis. Dicitur notanter: *habens pro menſura &c.* dependet enim à libera voluntate creditoris, utrùm velit habere debitorem obſtrictum, nec ne? Dixi mox: *Creditoris*, ab arbitrio namque debitoris pendere non poteſt; *pro non dicto eſt* (inquit *Pomponius in l. 8. ff. de O. & A.*) *quod dare, niſi velis, cogi non poſſis;* nulláque promiſſio poteſt conſiſtere, *quæ ex voluntate promittentis ſtatum capit*, eſt effatum *Javoleni in l. 108. §. 1. ff. de V. O.* Hæc obligatio rurſus

2 Alia Simplex, alia Mixta. *Simplex* eſt iterum, vel purè Naturalis, vel purè Civilis. *Illa*, quæ ſolo jure naturali, ſeu in conſcientia ſtringit, qualis Jure Romano eſt obligatio ex pacto nudo; hodie verò ex læſione infrà dimidium in emptione-venditione. Aliæ ſpecies habentur apud *D. D. Franz b. num. 5.* (a) Hæc, quæ ſola ſubtilitate Juris civilis, & in foro externo efficaciam habet, qualem oriri, ajunt, ex ſententia injuſta, ex delatione juramenti, vid. *l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. ff. de jurejur.* ex datione Chirographi, quo quis fatetur, ſe accepiſſe mutuam pecuniam, cùm nihil acceperit, *vid. §. un. de lit. oblig.* item ex promiſſione metu extorta. *Mixta*, quæ jure utroque tam naturali, quàm civili, adeóque in utroque foro eſt corroborata: oritur regulariter ex contractibus tum verè, tum quaſi talibus, ſiquidem, ùt appoſitiſſimè, ceu ſolet, ſcribit *Illuſtr. ac Clariſſ. D. D. Collega Herz de Herzenfeld tr. de fide pacta c. 1. §. 6. num. 39.* Jus Naturale, & Jus Civile Romanum quandoque ſibi mutuò aſſiſtunt, quandoque unum ab altero recedit, ſi prius eveniat? naſcitur obligatio Mixta, ſi poſterius? erit Naturalis, ſi Jus Civile à naturali recedat, aut ſaltem non aſſiſtat: vel Civilis purè talis, ſi naturale cum civili non concurrat. Jungat. *Ludov. in Theſ. Jur. ff. de O. & A. num. 4.* Notandum tamen, in confeſſo nondum eſſe: Utrùm detur obligatio purè civilis? Dari negat cum aliis *Zoëſ. ff. de O. & A. num. 5. & ſeqq.* ea potiſſimùm motus ratione, quòd nullibi in jure fiat mentio obligationis civilis *tantùm*, conſequenter omnis obligatio civilis ſit ſimul naturalis, ſiquidem obligatio civilis nil aliud eſt quàm naturalis obligationis facta approbatio, idcircò omnia Juris loca, ait ille, dividunt obligationem in naturalem, additâ plerumque particulâ *tantùm & civilem*, id eſt, cum naturali conjunctam, adeóque ſtudiô, omiſsâ particulâ *tantùm*; eſto namque obligationum quædam Jure civili ſint introductæ, ſunt tamen omnes ſubnixæ conſenſu, qui eſt fundamentum obligationis naturalis. Verùm non movet diſcurſus *Zoëſii*, imò potiùs ſe ipſum jugulat: Nam,

(a) Suntque ex conventione habita inter fratres ſub poteſtate patris exiſtentes. *l. 38. pr. ff. de condict. indeb.* Ex conventione patris cum filio. *d. l. 38. §. 1.* Ex contractu cum ſervo ex ejus perſona celebrato. *l. 13. pr. ff. d. t. l. 32. ff. de R. J.*

ſi velimus juxta ſanam Philoſophiam ad regulas bonæ diviſionis reſpicere, debet hæc fieri in membra dividentia, ſibi adæquatè oppoſita, ita, ut unum de altero quoad ſpeciem nihil participet, cùm itaque detur obligatio naturalis *tantùm*, quam Author non negat, neque negare poteſt ejus membrum oppoſitum, quod erit obligatio civilis *tantùm*, & in hoc potiùs ſenſu erunt juris textus intelligendi, aliàs certè expreſſiſſent dicendo: alia eſt obligatio naturalis *tantùm*, alia naturalis, & civilis *ſimul*. Deinde falſiſſimum eſt (ignoſcant manes) omnibus obligationibus à jure civili inventis, ineſſe conſenſum: Sanè contrarium patet ex textibus, & exemplis ſuprà allegatis. Quòd, ſi illa *Zoëſio* non ſufficiant, alios, ubi conſenſus omninò deficit, afferimus. Pone me tibi promiſiſſe 100. quouſque vixeris, & non ultrà: quis dicat, me etiam tuis hæredibus ex meo conſenſu, qui expreſsè ad tuam perſonam reſtrictus eſt, teneri? quis obligationem naturalem, ubi planè conſenſus deficit, adſtruet? Certè nemo hominum, qui obligationem naturalem unicè in æquitate naturali fundatam rectè novit. Et tamen teneri dicor in *§.3. de O. A.* Profectò!! non alia obligatione, quàm civili in mera juris ſubtilitate fundata, quatenus jura (certè civilia Romana, non naturalia) non permittunt ad tempus obligationem contrahi. Pone ulteriùs, me tibi 100. debere ex mutuo, vel ex ſtipulatu, téque mihi pactô nudô hanc obligationem remittere, quis credat, me tibi poſt remiſſionem ſpontaneam, adeóque contra tuam voluntatem, & conſenſum, manere adhuc jure naturali obſtrictum? Nemo, qui cogitaverit de jure naturali non dari obligationem, quæ a creditore ſponte remiſſa eſt. Et tamen tibi adhuc maneo obſtrictus, *§.3. de except.* ſed qua obligatione? Sanè non alia, quàm purè civili apicibus juris fundatâ, quia pactum, ſicut non producit, ita neque tollit obligationem civilem. Neque evadit *Zoëſius* reponendo, manere adhuc obligationem naturalem, ſed inefficacem, adeóque per exceptionem elidibilem, nam hæc ipſa obligatio inefficax non naturalis, ſed civilis eſt, mera ſubtilitate juris ſubnixa, cùm non detur obligatio naturalis, niſi ad id, quod in æquitate naturali fundatum eſt, quænam autem æquitas hîc pro ſuſtinenda obligatione, qualitercunque naturali, militet, non video. Dum autem dicit, non poſſe dari obligationem civilem ſine naturali, cùm civilis ſit qualitas obligationis naturalis, quæ ſine ſubjectô exiſtere non poteſt, magis dicit, quàm probat, conſequenter nihil dicit. Tu meliùs

Dices, ex his ſequi, dari obligationem iniquam, ſcilicet ad petendum debitum à creditore remiſſum. Reſpondemus cum *laud. Clariſſ. D. Collega*, illam obligationem nullatenus eſſe iniquam, cùm ſit per ex-

ce-

ceptionem elidibilis: idem enim eſt, non habere actionem, & habere ſed inefficacem, *l. 112. ff. de R. J.* Hinc meritò negari poteſt cum *Thomaſ. in Phil. Jur. de obl. & act. §. 112.* hanc obligationem eſſe propriè talem, perinde enim eſt, ac ſi non eſſet. *Nulla* quippe (repetimus mentem *Pomponii* in *d. l. 8. ff. de O & A*) *ſit obligatio, ubi quod dare, niſi velis, cogi non poſſis.* Quibus conſonat *Ulpianus* in *l. 42. §. 1. ff. eod.* ubi creditores eos appellat, qui aliquam actionem habent, quæ non exceptione elidatur, *Thomaſio* tamen contradicit *Hub. h. num. 3.*

Obligatio naturalis ſubdividitur in perfectam, & imperfectam, 3
(alii etiam vocant plenam, & minùs plenam, quam nos, ùt mox videbimus, paulò aliter intelligimus) *Hæc* eſt, quæ tantùm ſtringit ex pudore quodam naturali, ſeu honeſtate, ita tamen, ut alteri nullum jus ad petendum, minùs ad cogendum, competat, cùm jus naturæ ſatisfactionem non tam imperare, quàm commendare videatur, adeò, ut non rarò ſtimulos ſaltem conſcientiæ de reatu coram DEO, vel de amittenda bona exiſtimatione, ſi contra actum fuerit, excitet, vel relinquat, *Thomaſ. cit. diſſ. §. 58.* Pone, filiumfamilias divitem mutuas pecunias ad veſtes, non quidem neceſſarias, ſed, ut ornatior incederet, comparandas, accepiſſe à viro mediocris conditionis: ſi juris rigorem reſpicias, non tenetur quidem paterfamilias factus mutuum reſtituere, ſeu ſolvere ob SCtum Macedonianum; num autem non ſolvendo pulchrè, & juxta pudorem naturalem agat, ipſe cogita, & fortè aliud perſuadebit ſententia *JCti Pauli* in *l. 144. ff. de R. J.* ibi: *non omne, quod licet, honeſtum eſt.* Ejusmodi obligatione nitebantur olim fideicommiſſa, *vid. §. 1. de fideicommiſſ. hæred.* Hodie, præter exemplum mox allegatum, donationes remuneratoriæ, eleemoſynæ pauperibus diſtribuendæ, aliáque plura, *l. 25. §. 11. ff. de pet. hæred. Voët. ff. de O. & A. num. 3.* Addantur ea, quæ habet *ſup. cit. Illuſtr. Collega d. l. num. 42.* *Illa*, quæ hominem per ſe loquendo adeò ligat, ut, ſi debitum implere recuſet, peccet contra juſtitiam, nec aliter in conſcientia ſe liberare poſſit, quàm ſi creditori ſatisfaciat. Dixi: *Per ſe loquendo*, volui dicere; ſi ſit plena, id eſt, à jure civili non reprobata, ſiquidem jus civile obligationi naturali, quandoque etiam non tantùm non aſſiſtit, ùt ſuprà obſervatum, ſed etiam reſiſtit: ſi præcisè tantùm non aſſiſtat, ſed obligationem naturalem perfectam in ſuis terminis relinquat; illam vocamus *Plenam*, ſi verò reſiſtat, & quidem abſolutè, illam videlicet reprobando, ùt contingit in contractibus Pupillorum, Minorenium, in matrimonio clandeſtino, dicimus *Reprobatam*, ſi quodammodo reſiſtat, quodammodò verò non, ſed in ſuis terminis quoad aliquos ſaltem effectus relinquat impediendo

fortè condictionem indebiti, ùt evenit in filiofamilias, qui mutuam pecuniam ſolvit, nec repetere poteſt, *l. 9. §. fin. l. 10. ff. ad SCtum Maced.* nuncupamus *minùs Plenam*. Non tamen diſſimulandum, poſſe etiam obligationem naturalem reprobatam ob ſpeciales circumſtantias, obligationem ſaltem imperfectam relinquere, ùt exemplo de fœmina locuplete creditori pauperi fidejubente comprobat, ſæpiùs jam *laud. obſervandiſſ. D. Collega de Herz, ubi ſup. num. 42.* Non igitur confundendam putamus obligationem *imperfectam*, & *minùs plenam*, quia illa effectum civilem non habet, hinc ex tali obligatione ſolutum poteſt repeti, *arg. eorum*, quæ habet *Cocc. de cond. indeb. q. 5.* (a) Hæc verò ſaltem ſolutum repetere non permittit. Rationem diſcriminis in eo ſitam credimus, quòd obligatio imperfecta in Jure naturali abſolutè non ſtringat, ſed in ſola honeſtate fundetur, econtra obligatio minùs plena, prout à nobis accipitur, ſibi ſoli relicta abſolutè obligaret, niſi à Jure civili fuiſſet, ſaltem inadæquatè, ſuo effectu deſtituta, adeóque, ſi, non obſtante priori obligatione, ſolutum repetatur, agitur contra honeſtatem, in poſteriori contra juſtitiam.

Alia denique obligatio eſt vel Civilis, vel Prætoria, *§. 1. I. h. Prior*, quæ legibus Romanis, vel introducta, vel ſaltem approbata eſt. *Poſterior*, quæ ex Edicto Prætoris emanat: *vid. l. 5. & 7. §. 1. de J. & J.*

Cauſa efficiens obligationis Remota eſt jus vel natura, vel poſiti-
4 vum, & hoc vel civile, vel prætorium pro diverſitate obligationis. Proxima ſunt vel *Facta* tum licita, tum illicita, qnibus unus alteri ſimpliciter ſe obſtrictum reddit: aut etiam *Æquitas* naturalis à jure certis caſibus citra factum obligati approbata. Dixi: *facta tum licita*, quorum nomine veniunt contractus verè, vel quaſi tales. Tum *illicita*, qualia ſunt delicta, vel quaſi, *vid. §. 2. I. h.* Dixi: aut *æquitas naturalis*, quæ ſcilicet ex variis cauſarum figuris emanat. Ita *JC. in l. 1. ff. de O. & A. Obligationes*, ait, *aut ex contractu naſcuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure* (id eſt, ſine facto licito, vel illicito) *ex variis cauſarum figu-*

(a) Neque dicas, quòd cenſeatur donâſſe, cùm nullo jure cogente ſolverit, quò facit *l. 52. & 65. §. 2. ff. de condict. indeb.* conſequenter ceſſabit repetitio. Ceſſabit namque repetitio; At non ob præviam obligationem; ſed, circumſtantiis quandoque ita ſuadentibus (fortè quòd interveniant, vel concurrant, aut proximior conſanguinitas, aut intima amicitia) ob præſumptam donationem, quæ probari debet, *arg. l. 25. ff. de prob.* junct. *l. 3. §. 7. de condict. cauſ. dat.* Quid ſi ignoto ex ejusmodi obligatione ſolviſſet? Porrò obligatio minùs plena per *ſe* repetitionem impedit; econtra imperfecta non aliter, quàm ſi prudenter poſſit præſumi donatio. Nónne poterit ex errore putans fortaſſis, ſe debuiſſe ex juſtitia, quod ſolummodo ex honeſtate debebat: Et hoc vel errore facti, vel (qui hic tolerabitur) juris ſolviſſe? Nam hoc caſu erit præſumenda donatio?

Digitized by Google

guris: Et quamvis *Thomaſ. d. l. §. 121.* per varias cauſarum figuras intelligat, quaſi contractus, vel quaſi delicta, vix tamen eſt, ut hæc opinio ſubſiſtat, poſsintque omnes obligationes ad hos quatuor fontes, ut ille exiſtimat, reduci. Siquidem dantur obligationes, ubi nullum præceſſit factum neque licitum, neque illicitum illius, qui hic & nunc obſtringitur, adeóque neque contractus, vel quaſi, neque delictum, vel quaſi ſubeſt, uti patet in obligatione ad exhibendum ex *l. 3. §. 3. ff. ad exhib.* ad rem etiam ab alio, quàm poſſidente, metu extortam reſtituendam, *l. 9. §. ult. l. 14. §. 3. & 5. ff. quod met. cauſ.* ad damnum ab animali datum reſarciendum, *l. 1. §. fin. ff. ſi quadrup. paup. fec. dic.* Item ex facti ſpecie, quam ex famoſiſſima *l. 32. ff. de R. C.* deducit *memorat. Clariſſ. D. D. Coll. de Herz ibid. num. 45.* Ex quibus omnibus colligitur, dari obligationem ſine facto, ſeu licito, ſeu illicito ipſius debitoris: quæ obligatio aliunde, quàm ex æquitate naturali oriri haud poteſt, paritque *Actiones Dativas.* De quibus ſuo loco.

Subjectum eſt ille, qui obligatur connotans in obliquo, ſeu relativè creditorem, cui debetur: Obligari autem poteſt, ſi loquamur de obligatione ex facto proprio oriunda, qui ad contrahendum, vel delinquendum eſt habilis, de quibus alibi. Si de alia ſit ſermo, quilibet, qui ad præſtandum id, quod ex æquitate naturali injungitur, vel per ſe, vel per alium capax eſt, ita ut neque minorennes, neque pupilli, imò nec infantes ſint exempti. Veluti ſuis propriis ſedibus patebit. 5

Objectum ſunt ea, quæ ſub obligationem cadere poſſunt. Cadunt autem ſub obligationem *RES & FACTA.* Circa Res videndum, an exſtent in rerum natura, vel non? ſi non, ita, ut neque ſperari poſſint, ùt hircocervus, vel in rerum natura eſſe deſierint, ùt domus combuſta, non poſſunt venire in obligationem, *§. 1. de inut. ſtipul.* Benè verò, ſi ſperantur, ùt fructus naſcituri, ita ut inſit tacita conditio; ſi aliquid natum fuerit, *vid. l. 8. ff. de contr. empt. vendit. l. 73. pr. ff. de V. O.* Si extant in rerum natura, iterum videndum, utrùm ſint in commercio humano; vel non? ſi poſterius; ùt ſunt res *ſacræ* (niſi ad uſus ſacros) *Sanctæ*, vel *Religioſæ*, Res communes, publicæ, & univerſitatis (inter privatos) obligationem reſpuunt. *§. 2. d. t.* Si prius? obligationem recipiunt; eſto tantùm ſint obnoxiæ commercio creditoris, *l. 34. ff. de V. O. D. D. Franz p. m. ad Inſt. d. t. num. 33.* Dummodò ſint res *certæ*, ut conſtet, quid & quantum in obligationem deductum ſit, *l. 74. §. un. ff. de V. O.* Huc recapitulari poſſunt dicta *lib. 2. tit. 20. num. 7. & 8.* Nec ſint ſpecialiter prohibitæ in obligationem deduci. Unde non ſubſiſtit (I.) obligatio ex pacto durante lite inito inter Clientem, & Ad- 6

vocatum de quota litis, ſeu de palmario (id eſt, alia ſumma promiſſa in caſum victoriæ) *l. 1. §. 12. ff. de extraord. cognit. l. 6. §. 2. C. de poſtul.* metuitur enim ob ſpem lucri calumniandi licentia, & cauſis etiam iniquiſſimis iniquior defenſor; quapropter non deſunt, quibus placuit omnem liberalitatem fervente cauſæ patrocinio, ſive donatione, ſive legato factam, tanquam ex metu litis perperam adminiſtrandæ profectam, nullam eſſe, *arg. d. l. 6. §. 2. de poſtul.* Verùm, cùm quilibet præſumatur bonus, donec probetur malus, metúſque etiam ſit probandus, *arg. l. 6. & 9. C. de his, quæ vi met. cauſ.* poſsítque liberalitas ex pluribus cauſis extra litis motivum fieri, neque tanta hodie ſit penuria Advocatorum, ùt in caſum malæ deſertionis non poſſit alius haberi, erit hæc res committenda prudentis Judicis cognitioni. *Voët. ff. de pact. n. 18.* Non ſubſiſtit (II.) obligatio ex pacto ægroti cum Medico, *l. 3. ff. de extraord. cognit. l. 9. C. de prof. & med.* Quod rurſus prudentiſſimè reſtringit *laud. Author ibid. num. 19.* ad caſum, ubi ex circumſtantiis fraus quædam, ſeu malitia præſumi, vel erui poteſt, ſecùs dicendum, ſi omnia bona fide (quod in dubio præſumendum) acta ſint. Neque aliud evincunt, *citt. text.* ſiquidem *cit. l. 3.* hoc ſolùm indigitat, quòd reſcindendus ſit contractus, quem Medicus adhibitis medicamentis adverſis extorſerat: ibi *periculum amittendorum eorum* (oculorum) *per adverſa medicamenta inferendo compulit, ut ei poſſeſſiones ſuas contra fidem* (adeóque doloſè) *æger venderet: L. 9.* verò reprobat, promiſſiones, ſeu pollicitationes, quas ægri angore, & dolore preſſi, Æſculapiis, caſu, quo convaluerint, prodigaliter offerunt, non oblaturi, ſi ſeriò perpendiſſent vulgatum illud:

Non eſt in Medico ſemper relevetur ut æger;
Interdum docta plus valet arte malum.

Illud etiam cum *Fachin. 2. controv. c. 25.* non inviti damus, reſcindendam venditionem Medicum inter & ægrotum, ſi læſio immodica, quamvis infrà dimidium, intervenerit, cui reſciſſioni ſuffragatur & læſio notabilis, & metus. Non ſubſiſtit (III.) obligatio circa hæreditatem viventis, tum capiendam, tum non capiendam (niſi ſit hominis incerti, vel certi quidem, ſed ille conſentiat) *l. ult. in fin. C. de pact. arg. §. 4. de ſociet. l. 3. §. 2. ff. pro ſoc. Voët. d. l. num. 16. & ſeq.* Et quidem ſi ſit obligatio ad dandam hæreditatem, ne exinde emergat votum captandæ mortis, vel reſtringat libertatem teſtandi, *l. 15. & ult. C. de pactis.* Alia ratio etiam eſſe poteſt, quia, ùt certi ſunt modi acquirendi dominii, atque obligationis, ita etiam conſequendæ hæreditatis, ſcilicet TESTAMENTUM, & LEX. Adeóque non pactum, quod, utpote ſolummodò obligatio-
nis

Digitized by Google

nis cauſa, non eſt modus transferendi bonorum univerſitatem, in qua comprehenduntur jura, non tantùm realia, ſed etiam perſonalia, quæ ab oſſibus perſonæ avelli non poſſunt, hinc Lege opus eſt, quæ fingat unam perſonam defuncti, & hæredis, ùt optimè advertit *Cocc. de pact. contr. 29.* quò vide: Si verò de non capienda, ſeu de non ſuccedendo agatur, conſiſtit ratio in eo, ne minuatur reverentia erga illum, cui aliàs ſucceſſiò fieret, & etiam, ne ſucceſſio, quæ juris publici eſt, pactis privatorum mutetur, *l. fin. ff. de ſuis, & leg. hær. l. 3. C. de collat. l. 5. C. de pact. conv. c. 2. de pact. in 6.* Hodiernis tamen moribus nil frequentiùs occurrit, quàm ejusmodi pacta inter conjuges, inter fratres, aliósque conſanguineos in familiis, præſertim Illuſtribus, de quibus videri poteſt *Stryck. de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 9. per tot.* Licèt enim ejusmodi pacta dicantur eſſe contra bonos mores, *l. 61. ff. de V. O. l. fin. C. de pact.* tantùm intelligitur eſſe contra bonos mores civiles, non naturales; contra illos autem non implicat conſuetudo. Látiùs *D. D. Gletle tract. de pact. c. 5.* Quid ſi plures res ſint in obligationem deductæ? Si conjunctivè, omnes ſimul debentur, *§. 17. de inut. ſtipul.* Si alternativè, v. g. vel Corpus Juris Canonici, vel Civilis? eſto utrumque ſit in obligatione, eorum tamen alterutrum tantùm eſt in ſolutione, *l. 128. ff. de V. O.* Ita, ut electio ſit penes debitorem, *§. 33. de Act.* niſi una res res perierit, quamvis caſu; hìc enim alia, quæ ſupereſt, eſt præſtanda, *l. 34. §. 6. ff. de contr. empt. vendit. l. 95. pr. ff. de ſolut. Illuſtr. D. Coll. de Herz d. c. 4. num. 35.*

Facta, quod attinet, debent eſſe POSSIBILIA, *§. 5. Inſt. l. 72. ff.* 7
de V. O. quia ad impoſſibile nemo tenetur, *l. 185. ff. de R. J.* HONESTA, *§. 24. de inut. ſtipul. l. 26. 27. & 123. ff. de V. O.* Inhoneſta quippe habentur pro impoſſibilibus, ita *Papinianus in l. 15. ff. de condit. inſt. Nam, quæ facta*, inquit, *lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos poſſe credendum eſt.* PROPRIA non Aliena, *§. 3. de inut. ſtipul. l. 83 pr. ff. de V. O.* quia de ſuo quisque promittere debet, non de alieno: obligatio enim, utpote quid perſonale, ex perſona promittentis initium ſumit, *l. 11. ff. de O. & A.* Limita, ſi cum facto alieno proprium implicetur, tunc enim tenetur promittens, quantum eſt in ſe, obligationi ſuæ ſatisfacere, *d. §. 3. de inut. ſtipul. d. l. 83. ff. de V. O.* Ita quidem, ut, ſi factum alienum ſuo periculo ſimul promiſerit, teneatur ad intereſſe, factò illô non ſecutô. *Gletle loc. cit. §. 30.* (a)

At

(a) Dixi: *ſuo periculo.* Adeóque ſi ſimpliciter promiſit, non tenetur ad intereſſe, dummodò culpa non intervenerit. *arg. l. ult. §. 1. & 2. ff. ad L. Rhod. de jact.* Appoſitè

8 At hic pauliſper ſubſiſtendum, ac breviter diſcutiendum, num ille, qui factum promiſit, teneatur illud præciſè præſtare, an verò poſſit ſe liberare præſtando intereſſe. Tres invenio ſententias. Prima ſimpliciter affirmat. Secunda abſolutè, & indiſtinctè negat. Tertia diſtinguit inter factum ſimplex & prægnans. Poſterius præciſè eſſe præſtandum, contendit, non item Prius: Dicitur autem factum ſimplex, quod manet in nudis facti terminis, ſeu quod immediatè non tendit ad rem tradendam, ſed primariò in miniſterio perſonæ; ejúſque induſtria v. g. *ædificare domum, pingere tabulam, ire Romam,* conſiſtit; factum prægnans eſt, quod immediatè ordinatur ad rem in alterum transferendam, ubi præciſè conſideratur traditio, nulliúſque induſtriæ ſit æſtimatio. In Trivio hoc vix eſt, ut medio beatus evadas. Ego certè extremum eligo, ac primas primæ defero, contendens factum, ſive prægnans, ſive ſimplex, præciſè eſſe præſtandum, ſi creditor urgeat, nec præſtatione ipſius intereſſe contentus eſſe velit. Moveor potiſſimùm hac invincibili, atque communi ratione; illud nempe eſſe præſtandum, quod in pactum, ſeu obligationem deductum fuit. *Quid enim* (exclamat Ulpianus in *l. 1. pr. ff. de pact.*) *tam congruum fidei humanæ, quàm ea, quæ inter eos placuerunt, ſervare?* atqui placuit, ut factum, non intereſſe, de quo, uti ſupponimus, nihil fuit memoratum, præſtetur, conſequenter ad illud, non ad intereſſe promiſſor obſtrictus eſt. Si reponas, ſaltem implicitè in promiſſione facti contineri obligationem ad præſtandum intereſſe. Replico ego, divinatoriam, imò violentam eſſe hanc reſponſionem, utpote neque juri naturali, ùt certum videtur, neque civili, ùt mox patebit, fundatam; ſiquidem principale intereſſe creditoris conſiſtit in præſtatione facti promiſſi, & ideo illud ſibi ſtipulatus fuit, non in præſtatione intereſſe pecuniarii, quod ſæpiſſimè non curat, hinc poterit factum ipſum urgere, & ad debitorem dicere: *præſta, quod promiſiſti, cùm meâ non interſit habere pecunias, ſed factum ipſum, quod mihi expreſsè ſtipulatus ſum, vel quod tu expreſsè promiſiſti.* Deducitur ulteriùs hæc obligatio ad factum imprimis *prægnans* præſtandum ſatis luculenter ex *l. 21. ff. ad leg. Cor. de falſis*, vi cujus, ſi quis rem duobus in ſolidum vendat, crimen falſi incurrere dicitur, quod non procederet, ſi poſſet præſtando intereſſe ſe liberare, uni enim rem, alteri intereſſe præſtaret, & ita utrique ſatisfaceret. Addatur textus notabilis in *l. 10. C. de A.E.*

V.

ſitè huc Seneca *de Beneſ. lib. 7. c. 13. Si omnia fecit, ut ſanaret, peregit Medicus partes ſuas: Etiam, damnato reo, oratori conſtat eloquentiæ officium, ſi omni arte uſus eſt. Laus Imperatori etiam victo, & Duci redditur, ſi & prudentia, & induſtria, & fortitudo ſuis muneribus functa eſt.*

Digitized by Google

V. ubi fidei ruptæ arguitur venditor, qui carnes venditas placito tempore non tradidit. Hinc etiam eſt, quòd in *§. 1. de empt. vend.* venditori imponatur, rem venditam OMNINO tradere. Sicuti igitur factum prægnans præcisè præſtari debet, ita & ſimplex, uti probatum eſt, cùm nulla poſſit ſolida dari diſparitas. Ajunt quidem, diſparitatem in eo conſiſtere, quòd in facto prægnanti poſſit debitor cogi; poteſt enim eidem res debita manu militari extorqueri; quod de facto ſimplici dici haud poteſt, quia deberet vis inferri ipſi perſonæ, eíque auferri libertas. At ex eo, quòd alius ſit modus cogendi in facto prægnanti, & alius in ſimplici, non debet, nec poteſt inferri, quòd ad factum ſimplex non poſſit debitor cogi, vel quòd non teneatur. Fateor equidem in facto ſimplici extremam adhiberi non poſſe coactionem, quomodò enim coges (coactione ſcilicet phyſica) pictorem ad imaginem pingendam? poterit tamen cogi coactione juridica per pignorum captiones, immiſſionem in bona, mulctæ dictionem, ac per incarcerationem, aliáque media juri congrua. Quomodò enim, amabo! coges ſponſum ad matrimonium contrahendum, Judicem ad ſuſcipiendum munus judicis? tutorem ad tutelam? profectò non alia coactione, quàm juridica. Ex eo tamen non dices, vel non poſſe cogi, vel poſſe ejusmodi perſonas præſtando intereſſe ſe liberare. Quid, ſi poneremus expreſsè fuiſſe conventum, ne præſtando intereſſe poſſit fieri liberatio? vix negabunt Adverſarii, teneri hic debitorem præcisè ad factum præſtandum. Sed qua coactione poterit adigi? Sanè non alia, quàm juridica. Neque per hoc tollitur libertas (antecedens) quia, quod priùs eſt voluntatis, fit ex poſt facto neceſſitatis. *l. 5. C. de O. & A.* Exinde autem, quòd in factis non dentur remedia ita plana, neque minuitur, vel alteratur obligatio debitoris, neque jus creditoris, quò minùs ille de jure teneatur, & iſte petere præcisè poſſit. Ita ſentit *Hub. Inſt. de V. O. num. 5. & alii,* quamvis pauciores, quippe (ùt ait *cit. Author verſ. quòd ſi*) boni, inter quos etiam numerandus *Clariſſ. D. D. Coll. de Herz cit. tract. c. 4. ſect. 2. per tot. & Gletle ubi suprà §. 22.*

Dictis nullatenus officiunt textus pro opinione contraria, tam de 9
facto prægnante, quàm ſimplici adduci ſoliti, quales ſunt, *l. 11. §. 9. l. 12. ff. l. 12. C. de A. E. V. l. 17. C. de fid. inſtr. l. 68. 72. pr. & §. 1. l. 81. pr. l. 84. 89. & 137. §. 7. ff. de V. O.* ubi paſſim habetur, debitorem præſtando intereſſe liberari; unica enim reſponſione enervantur, ſi videlicet eos intelligas (uti debent) de caſu, quo creditor non eſt invitus, ut ſibi locò facti præſtetur in pœnam fidei fractæ intereſſe, fortè, cùm ejus non ampliùs interſit factum præſtari, vel etiam, quia debet eſſe contentus (ſi

Digitized by Google

non de jure ſaltem de facto) ſolutione ipſius intereſſe, cùm alter in ſua iniqua contumacia (quæ certè eum non excuſat) obſtinatè perſiſtat; quid enim aliud petet creditor, quàm id, quod intereſt? Inde fluit, quòd, ſi quis factum ſibi ſtipuletur, incertum ſtipulari videatur *Ulpiano in l. 75. §. 7. ff. de V. O.* quoniam, ſi promiſſor non faciat, adeóque morâ commiſſâ factum præſtari ampliùs non interſit, ad intereſſe, quod eſt incertum, agi oportet, *arg. l. 14. & 84. ff. eod.* Num mora purgari poſſit? Poteſt ſaltem ante litem conteſtatam: quò præter *citt. tt.* ſpectat dictum Celſi, quem refert *Paulus in l. 91. §. 3. ff. d. t.* ibi: *Et Celſus adoleſcens ſcribit, eum, qui moram fecit in ſolvendo Sticho, quem promiſerat, poſſe emendare eam moram poſtea offerendo, eſſe enim hanc quæſtionem de bono, & æquo, in quo genere plerumque ſub authoritate Juris ſcientiæ pernicioſè, inquit, erratur &c.* Minùs obſtat *l. 71. §. 2. ff. de condit. & demonſtr.* quia non loquitur de facto, ad quod quis ſe ipſemet obſtrinxit, ſed de facto ab ipſo teſtatore hæredi impoſito, ad quod ob modicum fortè lucrum haud dubiè non poteſt hæres cogi. Cæterùm, cùm intereſſe nimis ſit incertum, idcirco litibus, & incommodis obnoxium, conſilium ſuggerit Imperator in *§. fin. de V. O.* ut in caſum facti non præſtiti exprimatur certa pœna. Ubi ulteriùs

10 Dubitatur, num adjectione pœnæ conſurgat novatio, id eſt, num obligatio principalis ad factum præſtandum ita mutetur, ut ſit in libertate debitoris, vel factum præſtare, vel pœnam ſolvere? Reſpondemus cum *cit. Gletle d. l. §. 27.* negativè, adeóque eſſe adhuc in libertate creditoris non pœnæ, ſed obligationi principali inhærere. Ratio generalis eſt, quia pœna non adjicitur minuendæ, ſed firmandæ obligationis cauſâ, uti colligitur ex *l. 122. §. 2. ff. de V. O. l. 10. §. 1. ff. de pact. l. 71. pr. ff. pro ſoc.* ſtante autem ſententia contraria obligatio principalis non firmaretur, ſed minueretur, imò planè tolleretur. Accedit, quòd jure Juſtinianæ novatio non contingat, niſi de ea expreſsè actum fuerit: *l. ult. C. de nov. §. 3. quib. mod. toll. obl.* Opponuntur textus *l. 1. pr. ff. de pen. leg. l. 24. ff. quand. dies leg.* juncta *l. 1. §. 8. ff. ad L. Falc.* ubi, ſi penus à teſtatore legata ſit, & eâ non præſtitâ, certa quantitas, poſt moram commiſſam non penus, ſed quantitas in obligatione eſſe dicitur, conſequenter prior obligatio per adjectionem pœnæ novatur, & in aliam transfunditur. Reſpondetur, transfundi quidem, ſed non jure novationis, ſed ademptionis, quatenus defunctus velle cenſetur, ut in pœnam commiſſæ moræ non ampliùs penus, ſed quantitas (quæ haud dubiè plus continebit, (a) quàm

(a) Et revera plus continet, ceu patet *d. l. 1. verſ. quid ergo. ff. de penult. leg.* Deinde ſi-

quàm penus, adeóque etiam hoc in favorem Legatarii præſtetur, conſequenter cenſetur ademiſſe prius legatum, atque in melius mutâſſe. Eadem proportionaliter applicari poteſt reſponſio ad *l. 44. §. fin. ff. de O. & A.* non eſſe ſcilicet poſt moram commiſſam ampliùs in libertate debitoris, illam purgare navem conficiendô, ſed præcisè eum teneri ad pœnam ſolvendam, quod rurſus eſt in favorem creditoris, quatenus fieri dicitur tantùm *quaſi* novatio, & iterum pœna pinguior erit, quàm confectio navis. (a) Limitatur hæc ſententia in iis negotiis, in quibus datur locus pœnitentiæ, qualia ſunt conventiones ſcriptæ, antequam ſint in ſcripturam redactæ, nec non contractus innominati: in iis quippe licet pœnitere, ſed pœna committitur, die Straff verfallet ſich: *arg. princ. Inſt. de empt. vend.* Porrò non tantùm factum, ſed etiam ejus negatio, ſeu NON FACTUM; aut potiùs omiſſio (alii vocant FACTA negativa) in obligationem poteſt deduci, v. g. *Ne quis Capitolium aſcendat, arg. l. 11. §. fin. ff. de A. E. V.* Dummodò non invitet ad delinquendum, unde non valet pactum de non præſtando dolo, *l. 23. ff. de R. J. l. 27. §. 3. ff. de pact.* vel omiſſio Reipublicæ non noceat, ùt, ſi remittatur Novi Operis Nunciatio in opere contra decorem publicum exſtruendo, *l. 7. §. 14. ff. de pact.* vel aliàs ad omiſſionem alter de jure obſtrictus ſit, veluti, ſi 100. tibi dem, ne Cajum occidas. Datum enim hic repetitur condictione ob turpem cauſam, *tot. tit. ff. & C. de condict. ob turp. cauſ.* Addat. etiam *Gletle de pact. §. 32.*

Forma obligationis ex juſtitia, de qua nobis ſermo, conſiſtit in differentia, quâ ſecernitur ab obligatione Religionis, aliarúmque virtutum. Secernitur autem in eo, quòd obligatio juſtitiæ, cùm ſuam menſuram recipiat à commodo, atque voluntate creditoris poſſit ab eo remitti: non item obligatio Religionis, aliarúmque virtutum: Ratio verò diverſitatis mihi in eo videtur fundata, quia obligatio aliarum virtutum eſt in ipſa natura independenter à facto creditoris radicata, conſequenter, uti ſuo facto, ſeu acceptatione eam non obtinuit, ſed ex ſe jam talis eſt, ita etiam illam non poteſt condonare, ſeu abdicare. Econtra obligatio juſtitiæ oritur dependenter à facto, ſeu acceptatione creditoris; veluti igi- 11

ſatis apertè colligitur ex *d. l. 24. ff. quand. dies leg.* juncta *d. l. 1. §. 8. ff. ad L. Falc.* hoc non eſſe jure novationis; ſed ademptionis, in pœnam ſcilicet penûs non præſtitæ; inde fluit, non poſſe hanc pœnam imputari in falcidiam. *d. l. 1. §. 8. ff. ad L. Falc.*

(a) Imò *l. 44. §. fin. ff. de O. & A.* ſi benè perpendatur, nobis potiùs favet, cum conditio ſequentis obligationis priorem non tollat, ſed in ſe transferat, id eſt, quòd adhuc ſit in libertate creditoris navem petere vel pœnam, fiátque quaſi novatio, quatenus obligatio principalis novam qualitatem, nimirum adjectionem pœnæ in eventum facti non præſtiti acquirit.

Digitized by Google

igitur jus mediante facto (ſaltem acceptationis) **nactus** eſt, ita poteſt etiam illud remittere.

12 Effectus obligationis, ùt ſuperiùs dicta cogitanti apparebit, variat: vel enim eſt Perfecta, vel Imperfecta. Si hoc: tantùm ſtringit ex honeſtate, ſeu pudore naturali; ſi illud: alius eſt Effectus obligationis naturalis, alius civilis. *Illius* effectus eſt, quòd non tantùm obliget in conſcientia, ſed etiam (ſi non ſit reprobata) habeat eandem efficaciam, jure quoque civili ſpectato, quam habet obligatio civilis, hoc unico excepto, quòd eidem ſit adempta vis producendi actionem. Imò, ais, neque actionis vis adempta eſt; ſiquidem *naturales obligationes* (ſunt verba Pauli in *l. 10. ff. de O. & A.* & Juliani in *l. 16. §. 4. ff. de fidej.*) *non eo ſolo æſtimatur, ſi ACTIO ALIQUA eorum nomine competit.* Aſt, quis non videt, naturalem obligationem hîc ſumi latiùs, prout civilem includit, veluti liberi naturales dicuntur, qui ſimul ſunt legitimi, *pr. & §. 2. de adopt. Voët. ff. de pact. num. 2.* Impedit igitur obligatio naturalis condictionem indebiti, *l. 10. ff. de O. & A. l. 13. & 64. ff. de condict. ind.* & exinde exceptionem parit *l. 7. pr. ff. de pact.* (II.) Recipit pignora, *l. 5. in fin. pr. ff. de pign. & hypoth.* Admittit (III.) fidejuſſores *§. 1. de fidej.* Poteſt (IV.) deduci in compenſationem, *l. 6. ff. de compenſ.* Nec non (V.) in conſtitutum, *l. 1. §. pen. ff. de conſt. pec.* Atque (VI.) in novationem, *l. 1. §. 1. ff. de novat. Voët. ubi ſuprà n. 3.* Dixi: *ſi non ſit reprobata*, ſi enim eſt reprobata, & quidem *plenè*, de jure nullam habeat efficaciam, relinquit nihilominus quandoque reliquias pudoris naturalis, atque honeſtatis, ſecundùm dicta ſuperiùs *num. 3.* Si *minùs plenè*, eſto non ſtringat ad ſolvendum, impedit tamen condictionem indebiti, *arg. l. 9. §. fin. l. 10. ff. ad JC. Maced.* *Iſtius* (ſcilicet civilis obligationis) effectus eſt rurſus alius, ſi ſit Efficax, cui nulla ampliùs poteſt opponi exceptio, alius, ſi Inefficax: Si *Efficax*, qualis oritur ex ſententia injuſta, quæ tranſiit in rem judicatam, ex jurejurando à parte parti delato, & perperam præſtito, ubi non ampliùs quæritur, an debeatur? ſed judicatum, vel juratum ſit, *vid. l. 25. ff. de ſtat. hom.* idem operatur (ſaltem quoad forum externum, quod obligatio Mixta, facítque, ut debitor poſſit cogi ad ſatisfaciendum. Imò non deſunt, qui cum *Voëtio ff. de O. & A. num. 2.* docent, in his & ſimilibus caſibus ſubeſſe obligationem etiam naturalem, quia præceſſit conſenſus, quo partes in omnem eventum ſe obligârunt. Si verò ſit *Inefficax*, hoc eſt elidibilis per exceptionem, parit quidem actionem, ſed æquè inefficacem, admittítque eodem modo fidejuſſores, & pignora, *§. 1. de fidej. l. 3. C. de N. N. P.* Non tamen impedit condictionem indebiti per errorem ſoluti, *l. 26. §. 3. ff. de condict. ind.* neque po-

teſt

teſt in conſtitutum deduci, *l.3. §. 1. ff. de pec. conſt.* aut compenſationem, *l. 14. ff. de compenſ.* Inde patet effectus obligationis *Mixtæ*, quòd non tantùm efficaciter ſtringat in foro interno, ſed etiam in externo actionem pariat, *l.27. §.2. ff. de pact.* Sufficienter equidem jam videtur ſatisfactum eſſe Rubricæ, quoniam tamen ab initio hujus Tituli monuimus, ad Jus *ad Rem* vel maximè pertinere ejus cauſas productivas, Facta nimirum, tum Licita, tum Illicita, illáque nunc ſpectare, meritò obligationem excipit

PARS II.
De Pactis & Contractibus.
SECTIO I.
De Pactis.
§. I.
Quid, & quotuplex ſit pactum?

PActum, quod à paciſcendo denominatur, *l. 1. ff. de pact.* dicitúrque 13
etiam PACTIO, *l. 7. §. 4. & ſeqq. ff. d. t.* quamvis minùs propriè. CONVENTIO *d. l. 1. §. 3.* quandoque etiam LEX *l. 77. ff. pro ſoc.* quatenùs paciſcentes ſibi legem imponunt, non raro quoque CONDITIO *l. 76. ff. eod.* Sumitur vel in genere, vel in ſpecie. Priori ſenſu comprehendit omnes conventiones, *d. l. 1. §. 3. l. 71. pr. ff. pro ſoc.* adeóque convenit pactis in ſpecie, & contractibus argumento deſumpto ab adoptione, quæ in genere ſumpta adoptionem, & arrogationem includit: altero ſenſu opponitur contractui, *l. 6. l. 7. §. 4. & 5. ff. de pact.* Utroque modo conſiderandum hic venit, in genere autem

Definitur in *d. l. 1. §. 2. & l. 3. ff. de pollicit.* quòd ſit *duorum vel plu-* 14
rium in idem placitum conſenſus: Addatur majoris claritatis gratiâ, *de dando aliquo, vel faciendo ſub fide data:* Dicitur *duorum, vel plurium:* ut differat à pollicitatione, quæ perficitur ſola promiſſione unius, *d. l. 3. pr. ff. de pollicit.* neque obligationem aliquam inducit, niſi fiat Reipublicæ, vel Cauſæ Piæ, ubi lex acceptationem ſupplet, ac efficaciam ad producendam actionem tribuit, *d. l. 3. l. 6. §. 2. l. 9. ff. d. t.* per quam efficaciam

differt à pacto, quod vi producendi actionem deſtitutum eſt. Promiſſio itaque (privato facta) nondum acceptata pollicitatio eſt, nullámque, etiam ſtando in jure naturali, producit obligationem, cùm deficiat ex parte alterius jus activum, quod primùm per acceptionem conſurgit. *vid. l. 2. §. 6. l. 10. ff. de donat.* ſi verò ſit acceptata, tranſit in pactum, gignitque ſaltem obligationem naturalem. Dicitur: *in idem placitum:* hoc eſt, quòd paciſcentium voluntates in unam moraliter concurrere debeant. Dicitur: *conſenſus*, íſque ſerius, & ad obligationem ordinatus, ut differat à nuda affectione, qua ſimpliciter animum noſtrum explicamus: v.g. ſi dicam, *decrevi te in hæredem inſtituere: tibi mercedem augere &c.* ich bin entſchloſſen, dich für einen Erben einzuſetzen, dir die Beſoldung zu verbeſſeren &c. *vid. ſæpiùs ſuprà laud. Clariſſ. D. Coll. de Herz cit. Tr. c. 2. num. 7.* Dicitur: *de dando aliquo, vel faciendo*, ut diſtinguatur à conſenſu plurium v.g. Conſiliariorum, Judicum in eandem ſententiam concurrentium, qui tantùm materialis eſt, & ſine reſpectu ad obligationem mutuò inducendam, quod, ut magis clareſceret, addidimus cum *cit. Clariſſ. Authore ibid. num. 1. Sub fide data*, qua paciſcentes ad dandum vel faciendum (non tamen excluditur omiſſio) ſe obſtringunt.

15 Dividitur Pactum (I.) in Publicum & Privatum, *l. 5. ff. de pact. Illud* reſpicit utilitatem, & finem boni publici, quo ſpectant fœdera, aliæque ejusmodi conventiones inter Principes. *Iſtud*, quod tendit ad commodum privatorum. De hac diviſione conſulatur *prælaud. Obſervandiſſ. D. Coll. ubi ſuprà §. 2. & quatuor ſeqq.* ubi eruditiſſima, & Summis Principibus verè digna invenies.

16 Dividitur (II.) in Tacitum, & Expreſſum. *Hoc* eſt, quod perficitur conſenſu, vel verbis, vel litteris, vel aliis ſignis expreſſo. *Illud* dicitur, quod fit conſenſu quandoque tacito, quandoque præſumpto. Neque enim confundi debent conſenſus tacitus, & præſumptus. Siquidem prior verus eſt conſenſus, alter verò tantùm fictus. Ille ex facto de ſe ordinato ad eliciendum conſenſum eruitur. Iſte à lege ob æquitatem naturalem in quibusdam caſibus & negotiis, plerumque autem in quaſi contractibus, inducitur. Aliud notabile exemplum ſubminiſtrat JC. in *l. 8. ff. quemadmod. ſev. amitt.* Ex priori tantùm obligantur, qui aliàs contrahere valent, nec ſtringit invitos: Præſumptus econtra omnes obligat, *vid. l. 46. ff. de O. & A. l. 13. §. fin. ff. commod.* (a) Porrò Exem-

(a) Sunt, qui, utpote ſuis principiis nimium quantum præoccupati, exiſtimant, hanc explicationem ad doctrinam de pactis malè applicari. Verùm, uti eorum principia nondum in lucem publicam prodiere, & hinc invincibiliter ignorari poſſunt; ita nobis ſufficiat, dari poſſe exempla PACTI ex conſenſu tum tacito, tum præſumpto oriundi;

Digitized by Google

exempla pacti tum taciti, tum præſumpti extant in *l. 4. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. tacit. contr. & l. 4. ff. de pact.* ubi illata à conductore in prædium urbanum tacitè dicuntur oppignorata. Ulterior habitatio in ædibus finito tempore locationis importat renovationem contractûs, *l. 13. §. fin. ff. locat.* Reſtitutio chirographi à creditore debitori facta arguit remiſſionem debiti, *l. 2. ff. de pact.* Quid, ſi non conſtaret de reſtitutione chirographi, illud tamen apud debitorem inveniretur? Oritur præſumptio ſolutionis, quòd ſcilicet debitor ſolverit, ſuúmque chyrographum repetierit. Erit nihilominùs præſumptio *juris tantùm*, non *juris, & de jure*, adeóque per aliam præſumptionem vehementiorem, vel probationem elidibilis, *vid. Hub. ff. de pact. num. 3. verſ. ſed diſtinguendum.*

Difficilius hic ſubeſt dubium, ſi creditor reſpectu ejuſdem debiti 17
duo habeat chirographa, & unum reſtituat; num cenſeatur debitum remiſiſſe? Affirmativæ ſubſcribit cum aliis ibidem *citt. D.D. Franz Tr. de pignor. & hypoth. tit. 6. §. 25.* (I.) quia *d. l. 2. §. un. ff. de pact.* non diſtinguit (II.) quia in dubio eſt facienda interpretatio contra creditorem, qui potuit legem dicere apertiùs, magíſque ſe declarare, *arg. l. 39. ff. de pact. l. 21. 34. pr. ff. de contr. empt. l. 172. ff. de R. J.* (III.) quia ſi in caſu poſito creditor unum chirographum legâſſet, cenſeretur debitum remiſiſſe, *l. 59. ff. de leg. 3.* (IV.) denique, quia reſtitutio debet habere aliquem effectum, ac aliunde jura ſunt proniora ad ſolvendum, quàm ligandum, *l. 47. ff. de O. & A.* Negativa præplacet *Vinnio ſelect. quæſt. c. 7. Gletle de pact. c. 2. §. 1. Th. 43.* Et nobis verior videtur, cùm in dubio nemo præſumatur jus ſuum jactare velle, *l. 25. ff. de prob.* Hic autem dubium eſſe vix negabis, hoc ipſo, quòd unum chirographum adhuc retinuerit; hinc potiùs res ita explananda, ut uterque actus effectum aliquem ſortiatur, & reſtitutio unius, & retentio alterius chirographi. Idcirco præſumendum, creditorem reſtituiſſe unum chirographum, ut fraudis ſuſpicionem removeat, ſe nolle bis petere, alterúmque retinuiſſe, ut debitum probare poſſit, & ita tam reſtitutio, quàm retentio aliquid ope-

di; Eáque inter ſe maximè differre. Conſenſus præſumptus tam parùm admittit probationem in contrarium in pactis, quàm parùm in quaſi contractibus. Secus in utriſque dicendum de tacito. Damus exempla: Reſtitutio Chirographi habetur pro pacto tacito, quo debitum remittitur *l. 2. ff. de pactis.* At quo conſenſu perficitur? Certè tacito, quia proteſtari poteſt reſtituens, vel etiam probare, ſe dediſſe (fortè peregrè abiturus) animo deponendi. Illata in prædium urbanum (ſecùs de ruſtico, ubi adſunt fructus) ſunt ex pacto tacito onere pignoris affecta *l. 4. ff. d. t. l. 4. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. tac. contr.* Sed quali conſenſu? Profectò non alio, quàm ficto, ſeu præſumpto, cùm proteſtatio, aut probatio in contrarium nil operaretur, nec etiam admitteretur. His addi poſſunt dicta *infra ad tit. 28. in princ.*

rabitur, Ait quidem *cit. D. D. Franz:* hanc ſuſpicionem poſſe creditorem aliter removere, ſcilicet conſecrando alterum chirographum Vulcano, vel abolendo, ſeu lacerando. At vix eſt, ut ab hac ſuſpicione hoc modo ſe liberet creditor; nam pone, debitorem poſt ſolutionem repetere ambo chirographa: reponet quidem creditor, ſe unum combuſſiſſe; debitori tamen per Vulcanum fidem haud faciet, ſed potiùs augebit ſuſpicionem de debito bis petendo. Neque plus evincunt aliæ rationes: Non *Prima*, cùm utique alia ſit ratio, ſi tantùm unum adſit chirographum, ubi alia præſumptio, quàm remiſſionis fieri non poteſt, quàm ubi duo vel plura exiſtunt, uti probavimus. Non *Secunda*, quia ſufficienter voluntatem ſuam declaravit, legémque ſatis apertam dixit retinendo alterum chirographum, quod in caſu remiſſionis reſtituere debuiſſet. Non *Tertia*, quia legatum, utpote ſpecies donationis, non aliter poteſt interpretari; reſtitutio verò per ſe loquendo non importat donationem, ſed ex variis motivis fieri poteſt. Regula ex *l. 47. ff. de O. & A.* ad caſum præſentem, ubi agitur de obligatione inducta remittenda, non inducenda, minimè quadrat; ſed potiùs applicanda regula ſuperiùs data, quòd in dubio nemo jus ſuum jactare cenſeatur, ſíntque remiſſiones, utpotè ſtricti juris, non præſumendæ, ſed probandæ.

18 Dividitur (III.) in Reale, & Perſonale. *Reale* eſt, quod immediatè in rem conceptum eſt, ùt, ſi dicam: *illa centum nullatenus ampliùs petam. Perſonale* in perſonam *l. 7. §. 8. ff. de pact.* v. g. *Illa centum à te, quamdiu vixeris, non petam, vid. l. 17. §. 3. ff. eod. Stryk. in Theſ. Jur. ibid. num. 9.* Perſonale itaque ipſi tantùm perſonæ, cui facta eſt promiſſio, prodeſt, *l. 25. §. 1. ff. d. t.* Reale prodeſt omnibus, quorùm intereſt, obligationem eſſe ſolutam (vel, ſi ſit promiſſorium) introductam, adeóque hæredibus, fidejuſſoribus, ſociis, *l. 21. §. fin. ff. eod.* In dubio præſumitur ſemper reale, plerumque enim, & regulariter paciſcens ſibi, & hæredibus proſpicere voluiſſe creditur, *l. 9. ff. de prob.* conſequenter, niſi expreſsè ſit reſtrictum ad perſonam v. g. *A te tantùm, vel quamdiu vixeris &c.* erit reale, non perſonale, *arg. l. 13. & 15. C. de contr. & comitt. ſtipul.* ſola itaque adjectio perſonæ, niſi addatur particula reſtrictiva, non indicat pactum perſonale, *d. l. 7. §. 8. ff. de pact. Thomaſ. ad Hub. ibid. n. 4.* Prodeſt tamen per accidens etiam pactum perſonale fidejuſſoribus, hæredibus ac ſociis, quamdiu ſcilicet debitor vivit propter beneficium ordinis, aut diviſionis, ùt ſolidè probat *Voët. d. t. num. 14. Cocc. Jur. contr. ibid. quæſt. 6.* aliàs quippe nec prodeſſet paciſcenti, qui à fidejuſſore ſolvente conveniri poſſet. Neque ex dictis argues, dari tantùm pactum perſonale reſpectu debitoris; nam etiam reſpicere poteſt ſolam perſonam creditoris, ùt ſi dicat quis: *quamdiu vivam, non petam*; quod pactum

Mix-

Digitized by Google

Mixtum vocat *Pagenſt. Theſ. Jur. d. l. num. 13.* ſcilicet perſonale reſpectu creditoris, & reale reſpectu debitoris, *vid. Berg. ibid. num. 56.* ubi diſtinguit inter perſonale, & perſonaliſſimum, quod ſcilicet vivo paciſcente ejus perſonam non egreditur.

Dividitur (IV.) in Pactum in ſpecie, & contractum. *Pactum in* 19
ſpecie eſt conventio carens ſpeciali nomine, & causâ. Nomen hic illud dicitur, quod tantùm poteſt prædicari de pluribus negotiis numero, non ſpecie differentibus, ita, ut eò auditò, intellectus ſtatim veniat in notitiam illius, quod actum eſt, ut v. g. emptio-venditio, locatio-conductio &c. Per cauſam intelligitur adimpletio conventionis ab uno ex contrahentibus poſita, adeóque datio, vel factum, vel etiam actualis omiſſio in pactum priùs deducta. Jam pactum neutrum horum habere debet, aliàs tranſibit in contractum, ùt ex dicendis apparebit.

Pactum in ſpecie ſubdividitur in Nudum, & Veſtitum: *Illud* eſt, 20
quod in nudis placiti terminis conſiſtit, *l. 27. C. de locat.* ſeu, quod nec nomen, nec cauſam habet, neque vim producendi actionem. Ut, ſi dicam, dabo (vel do) tibi pallium, ut mihi des pileum, & alter viciſſim promittat, interim nullus promiſſionem implevit, pactum nudum eſt. *Iſtud* eſt, quod pariter nec nomen, nec cauſam quidem habet, habet tamen vim producendi actionem: quod rurſus eſt

Duplex, vel legitimum, vel contractui in continenti adjectum. 21
Prius dicitur illud, quod à lege vim producendi actionem nactum eſt; Lex enim quædam pacta antea infirmata, ob ſpecialem æquitatem iterum efficaciâ producendi actionem roboravit. Huc ſpectat Pactum DOTIS, *l. 6. C. de dot. promiſſ.* Pactum DONATIONIS, *l. 35. C. de donat.* Aliæ ſpecies exhibentur in *l. 30. ff. l. 12. C. de uſur. l. 5. §. 1. l. 7. ff. de naut. fœnor. nov. 134. c. 4.* de quibus *vid. D D. Franz p. m. b. t. num. 29.* Huc etiam reducuntur pacta Hypothecæ, Conſtituti. Verùm iſta non ſunt pacta legitima à lege, ſed tantùm ex Edicto Prætoris roborata. *Pagenſt. in Theſ. Jur. de pact. num. 45. & ſeq.* vocat hæc duo pacta contractus prætorios. Num ex Arte, hic non diſcutimus: Authori favere videntur *l. 17. §. 2. ff. de pact. & l. 1. ff. de pignor. act.* *Poſterius*, ſeu contractui in continenti *Adjectum* dicitur, quod in ipſo contractu ſtatim adjicitur, paritque eandem actionem, quam ipſe contractus, (a) dummodo in conti-

(a) Intellige, ſi ſit adjiciens; ſi enim ſit detrahens, obligationem ipſo jure minuit; ſi in continenti ſit adjectum *l. 7 § 5. de pact.* ſi ex intervallo exceptionem producit. *Vid. l. 72. ff. de de contr. empt. vendit.* Latet hic difficultas, num ſcilicet ſit nova emptio venditio, ſi aliquid mutetur circa pretium? & affirmatur. *arg. d. l. 72. & l. 7. §. 6. ff. de pactis.* cùm mutetur aliquid de ſubſtantia. Nec eſt verbi quæſtio, quia ruunt acceſſoria prioris contractûs, puta pignora, fidejuſſores &c. Neque caret (uti experti ſumus) hæc res praxi, Cæterùm circa effectum horum pactorum vid. dicta hic *num. 26.*

tinenti, ſeu, antequam partes ad alia negotia ſe conferant, fuerit adjectum, *l. 7. §. 5. ff. de pact.* cenſetur enim informare ipſum contractum, eſséque illius pars. Pone, me tibi vendidiſſe domum pro quinque millibus, ſed ſimul ſtatim inter nos placuiſſe, ut ego meis expenſis tectum, vel quid aliud repararem: vi hujus pacti tibi competit actio empti, quâ me convenire potes ad reparandum tectum. Cæterùm non diſſimulamus diſplicere *Hubero ff. d. t. num. 5.* aliiſque vocabula pacti NUDI, & VESTITI. *Nam*, ait ille, *quæ eſt ineptior translatio, & incivilior, quàm veſtimenti habitum conventioni adſcribere? Etſi ſtulta analogia blandiatur*, pergit Author, *quaſi, cùm quid nudum ſit, neceſſariò & veſte aliud indutum eſſe debeat.* Verùm parcat Vir, aliàs nunquam ſatis commendandus: hic nimis eſt delicatus. Si enim ferre debet pacta nuda, *l. 7. §. 4. ff. l. 10. C. de pact.* quamvis nuditas conventionibus tam parùm videatur adſcribenda, quàm veſtimenti habitus; cur non etiam ferre poterit pacta veſtita, quia dantur nuda; Hanc utique analogiam non negabit *JCtiſſ. Hub.*, quia dantur pacta nuda, ſequitur, dari etiam non nuda, quid prohibebit ob paupertatem vocabulorum illa majoris intelligentiæ causâ vocari veſtita, quod enim non nudum eſt, neceſſariò dici debet in ſenſu, quo nuditas ei negatur, veſtitum. Ulteriùs ferre non poteſt *laud. Author*, quòd pactum in continenti adjectum referatur ad pacta veſtita, &, hoc ideo, quia efficaciam producendi actionem non habet ex ſua natura, ſed vi contractûs, cui adjicitur, unde Ulpianus in *d. l. 7. §. 4.* cùm dixiſſet, pactum nudum exceptionem parere, mox addit in *§. 5. quinimò interdum firmat ipſam actionem, ut in bonæ fidei judiciis*, & ita à regula, quòd pactum nudum actionem non pariat, excipit pactum contractui in continenti adjectum, conſequenter & hoc nudum eſſe oportet, cùm exceptio debeat eſſe de regula, id eſt, priùs ſub regula contineri, & poſtea ab ea ſubtrahi. Sed neque hæc Huberiana criſis vulgatam, receptámque diviſionem expugnat. Si enim pactum legitimum, eſto vim producendi actionem à lege (ſuo ſenſu) nactum ſit, nihilominùs veſtiti nomen meretur, cur non etiam contractui in continenti adjectum dicendum erit veſtitum, etſi vim pariendi actionem ex contractu, cui adjicitur, acquirat, ita, ut quod aliàs eſſet nudum, per concomitantiam contractûs, ſicut alterum per concomitantiam legis, fiat veſtitum, adeóque pactum, quod aliàs ſub regula contineretur, ſubtrahatur, & evadat per actionem veſtitum? Dices quidem, ùt ſuboleo, pactum adjectum, quà tale dici nudum, adeóque ſub regula contineri, & primùm per exceptionem ſubtrahi, quòd actionem pariat. Aſt quis non videt hunc diſcurſum implicantiam involvere: Tota eſſentia, & nota differentialis pacti nudi,

&

& veſtiti (ſeu pace noſtra non nudi) in eo ſita eſt, quòd illud deſtitutum ſit efficaciâ producendi actionem, hoc verò hac efficacia munitum, conſequenter, ſi actionem producit, jam extrahitur ex linea, ſeu ſphæra pacti nudi, & in veſtitum tranſit. Videtur quidem *Ulpianus in d. l. 7. §. 4. & 5.* velle, pactionem nudam contractui adjectam actionem parere: *pactio nuda*, inquit, *obligationem* (civilem) *non parit, ſed parit exceptionem, quinimò interdum firmat ipſam actionem, ùt in bonæ fidei judiciis*, ſed hoc non eſt intelligendum in ſenſu compoſito, ùt pactio nuda, quà talis, ſed in ſenſu diviſo, ſeu abſtractivo, ſcilicet pactio, quæ aliàs nuda eſſet, ſi adjiciatur contractui bonæ fidei actionem firmat, & fit veſtita; juxta illud Evangelii: *Cæci vident, claudi ambulant.*

Utrumque pactum in ſpecie ulteriùs ſubdividitur in Promiſſorium, 22
Liberatorium, & Reſtitutorium. *Primum* eſt, quô aliquid promittimus, nováque obligatio progignitur. *Alterum*, quô debitori obligationem remittimus. *Tertium*, quô obligatio pacto liberatorio remiſſa denuò reſtituitur, ſeu inducitur. Quid operentur, explanabit

§. II.
De Effectu Pactorum.

Effectibus, qui ex dictis facilè notari poſſunt, alios ſpecialiores pro varietate pactorum ſubnectimus, unde

Dicimus (I.) pacta nuda promiſſoria, & abſoluta jure civili, ne 23
ob nimiam eorum apud Romanos frequentiam, oris nimiùm ligaretur libertas, aut imprudentiorum caperentur verba, & inde multiplicarentur lites, actionem non producunt, producunt tamen obligationem naturalem, *arg. l. 84. §. 1. ff. de R. J.* ibi: *Is natura debet, quem jure gentium dari oportet, cujus fidem ſecuti ſumus*, & exinde ortam exceptionem *l. 7. §. 4. & 5. ff. l. 10. 21. & 28. C. de pact. arg. l. 10. ff. de O. & A.* omnéſque alios effectus obligationi naturali annexos, de quibus ſuprà *num. 13.* obtinent. Dictum fuit: *de Jure Civili.*

Quid ſtatuendum de Canonico? Videtur hoc ab illo in *c. 1. de pact.* receſſiſſe. Ait enim Summus Pontifex: *Aut inita pacta ſuam obtineant firmitatem, aut CONVENTUS* (quì aliter, quàm per actionem in judicio?) *ſi ſe non cohibuerit, Eccleſiaſticam ſentiat diſciplinam: Dixerunt univerſi: pax ſervetur, pacta cuſtodiantur.* Verùm ſtandum eſt potiùs regulæ generali ex *c. 1. de N. O. N.* Jus nempe obſcurum interpretationem capere à jure claro, Jus Civile autem hoc in paſſu clarum eſt, Jus Canonicum obſcu-

rum

rum, cùm expreſsè non recedat; licèt enim pacta ſervanda imponat; non tamen exinde neceſſum eſt actionem arguere, cùm etiam jus civile in *l. 1. ff. d. t.* dicat, nihil fidei humanæ magis congruum eſſe, quàm pacta ſervare, & nihilominùs actionem denegat: Servanda ſunt nempe in foro interno, & exinde de jure Canonico, cui cognitio de peccato vitando incumbit, *c. 13. de Judic.* poterit implorari officium Judicis, *Clariſſ. D. P. Böckhn de pact. num. 8.* Nec quidquam contra facit, quòd Pontifex in *cit. c. 1.* ſupponat ex pacto poſſe debitorem conveniri; nam textus ille conceptus eſt de contractu innominato: non invado tuos limites, ut meos non invadas. *Magnif. P. Schmier lib. 3. Tr. 3. c. 1. num. 39. & ſeqq.* Sunt, qui explicant. Aut *conventûs*, id eſt, *Collegii* Eccleſiaſticam ſentiat diſciplinam. Sed quid intereſt in effectu, ſi admittatur imploratio officii Judicis, at actio denegetur? Hoc, quòd priori caſu procedatur ſummariter, omiſſis nimirum ſolennitatibus; in poſteriori verò modo ordinario, plenóque proceſſu *memor. Clariſſ. D. P. Böckhn, ubi ſuprà.*

24 Exinde infertur (I.) veluti pactum nudum Promiſſorium obligationem naturalem producit, ita liberatorium illam ipſo jure tollit, *arg. l. 35. ff. de R. J. l. 95. §. 4. ff. de ſolut.* quam *Hub. ff. de pact. num. ult. in fin.* malè intelligit tantùm de jure naturali, & gentium, cùm etiam jure civili obligatio naturalis pacto liberatorio extinguatur, ùt benè probat ejus *Scholiaſtes ibid.* Et quemadmodùm obligationem civilem non progenerat, ita neque illam tollere poteſt, ſed primùm mediante exceptione elidenda eſt, *§. 3. de except. l. 7. § 4. l. 17. §. 2. de pact.* Neque credas, nos nugas Scholaſticas proponere, dum dicimus, pactum nudum non tollere obligationem civilem, ſed tantùm exceptionem parere, cùm idem ſit effectus; toto enim aberras jure. Nam obligatio ipſo jure ſublata, nec pignora, nec fidejuſſores, nec novationem, nec ceſſionem ampliùs admittit, ſecùs ſi primùm mediante exceptione ſit elidenda, *vid. Cocc. de pact. contr. 18.* Infertur (II.) pactô nudô reſtitutoriô, priorem obligationem pactô liberatoriô ſublatam, ipſo jure non reſtitui, ſed ope replicationis *d. l. 27. §. 2.* Pactum enim priùs liberatorium generat exceptionem civilem, quam reſtitutorium nudum, cùm nihil juris contineat, non poteſt ipſo jure tollere, ſed primûm mediante replicatione. Hæc juxta principia juris Romani. Cùm verò moribus noſtris pacta omnia ſint veſtita, producántque condictionem ex moribus, ita etiam ipſo jure actionem civilem tollent, atque reſtituent, ad exemplum ſtipulationis, ùt paſſim teſtantur. (a) Ro-

(a) Negat tamen hoc *Cocc. ad tit de pact. quæſt. 17.* quia tantùm duo hoc robore firmata ſunt, nempe quibus tollitur actio injuriarum, & furti *in l. 17. § 1. l. 27. §. 2. & 4. ff.*

Rogabis, cur ergo apud Romanos ad actionem producendam ſtipulatione opus fuerit, & non apud Germanos? Eruditè reſpondet *Berger in Theſ. Jur. ff. de pact. num. 57. Romani*, inquit, *uti à Græcis, ita Græcorum fide etiam contrahebant; igitur cancellis opus habuerunt, quibus eorum obligatio coërceretur. Sed Germanos ſancta morum gravitas, fidéſque, Tacito teſte, commendabat.* Da hat es allzeit geheiſſen: ein Mann ein Mann, ein Wort ein Wort. Hæc olim: Num hodie Germaniam noſtram Græca, vel alia fides non depravaverit, noſtrum non eſt judicare. Infertur (III.) pactum nudum reſpectivum, quo intendo mihi alterum viciſſim obligatum reddere v. g. *promitto tibi meos libros, ut mihi des tuos*, etiam de jure naturali (jure civili re integra nullam, *arg. l. 3. ſ. 2. l. 5. pr. & ſ. 1. ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut. juncta l. 10. ff. de O. & A.*) tantùm producit obligationem conditionatam, ſuppoſitò, quòd alteruter ſuæ obligationi ſatisfecerit, tunc enim & alter ſatisfacere obſtringitur: Regeris, hoc etiam eſſe Jure Civili ſtatutum, ut accipiens teneatur ſatisfacere, *citt. text.* Concedimus, quod regeris: tamen eſt adhuc inter jus unum, & alterum diſparitas, quòd nimirum Jure Civili, re integra, liceat pœnitere, cùm nulla ſubſit obligatio, non item jure naturali, vi cujus, re etiam adhuc integra, uterque ſaltem conditionatè obſtrictus eſt, ita, ut ab eo, qui paratus eſt implere pactum, poſſit cogi; quod Jure Civili non obtinet.

Dicimus (II.) Pactum legitimum promiſſorium producit obliga- 25
tionem tum naturalem, tum civilem, & exinde condictionem *ex Lege*, quæ toties competit, quoties lege nova actio introducitur, nec dicitur, quo actionis genere ſit agendum, *l. un. ff. de condict. ex leg.* Uti autem

ff. de pact. Neque Authori obſtat vulgatum: quòd contrariorum à contrario eadem ſit diſciplina; nam ſequeretur, quòd etiam pactum, ne dos, ne res donata petatur, vel hypotheca ipſo jure (ſicut promiſſoria producunt) obligationem tollat, cùm tamen hoc militet contra *cit. l. 17. ſ. 1. & d. l. 27. ſ. 2. verſ. ſed ſi pactum ff. d. t.* ut igitur, inquit *Cocc.* axioma procedat, debet accipi in eo ſenſu, in quo ſunt contraria, ut pugnet contraria ratio. Pactum promiſſorium, & liberatorium in eo ſunt contraria, quòd illud producat, hoc tollat obligationem. Non autem quoad modum, ubi nulla invenitur oppoſitio, ſiquidem in obligatorio nihil eſt, cui clauſula IPSO JURE, tanquam contraria, opponatur. Nónne album & nigrum ſunt contraria? Poteritne exinde inferri: nigrum eſt viſibile: ergo album non? Ægrotum & ſanum ſunt contraria. Ægrotus vivit: ergo ſanus non vivit? Non officit ulterius Coccejo, quòd pactum & ſtipulatio hodie æquiparentur. Nam hoc intelligit de promiſſorio, ex quo juxta omnes competit condictio ex moribus; hæc æquiparatio quoad liberatorium nondum probatur recepta; derogatio autem eſt ſtrictiſſimi juris. Vid. *Coccei. Pater diſput. de diff. hod. pact. Sect. 2. & 3.* Nos in medio relinquimus. Addatur. dicta *hoc lib. tit. ult. n. 4. in fin.*

pacta legitima promiſſoria actionem producunt, ita etiam illam tollunt, ſi ſint *Liberatoria*, vel ipſo jure reſtituunt, ſi *Reſtitutoria*, *arg. d. l. 35. ff. de R. J.* item *l. 6. d. l. 17. §. 1. & 27. §. 2. & 4. ff. de pact. vid. Voët. ff. de pact.* jungatur notabilis textus in *l. 23. C. de pignor.* & ad illam *Nood. 2. prob. c. 8. num. 1.*

26 Dicimus (III.) Pactum contractui in continenti adjectum ineſt contractui, ejúſque partem conſtituit, ita, ut, ſi ſit adjiciens (id eſt, augens obligationem) eandem actionem in ordine ad augmentum producat, quam ipſe contractus, ſi ſit detrahens (quo ſcilicet obligatio minuitur) illam minuat ipſo jure, adeóque exceptione non ſit opus *vid. l. 7. §. 5. de pact.* Exemplum pacti adjicientis dedimus mox ſuprà *num. 21. verſ. Pone.* Pactum detrahens eſt, ſi v. g. placuerit, ne venditor teneatur præſtare evictionem, ad quam alias de jure obſtrictus eſt. Quid, ſi pactum ex intervallo ſit adjectum? Si ſit adjiciens, nullo modo ineſt contractui, nullámque (de jure Romano ſecùs hodierno) parit actionem, quia eſt, & manet pactum nudum, *d. l. 7. §. 5. l. 72. ff. de contr. empt.* ſi detrahens, non quidem ineſt ipſo jure, ut obligationem ita minuat, cenſetur tamen ineſſe impropriè, quatenus parit exceptionem, quâ obligatio, ſeu actio infirmatur. Inde advertis, faciliùs dari exceptionem, quàm actionem, cùm per illam minuantur, per hanc verò augeantur lites. Alii pactum *Adjiciens* vocant, quod verſatur circa accidentalia, & *Detrahens* circa ſubſtantialia, ſive dein augeant, ſive minuant obligationem. *l. 72. ff. de contr. empt. Hub. ff. de pact. num. 6.* Sed quid hodie intereſt, num pactum inſit contractui, vel non, cùm omne pactum actionem producat? Hoc, quòd, ſi ineſt contractui, producat actionem ex ipſo contractu, adeóque vel bonæ fidei, vel ſtricti juris: ſi non ineſt, competit condictio ex moribus ſemper ſtricti juris. Hic tamen notes velim, nobis fuiſſe ſermonem de pactis in continenti adjectis, quæ verſantur circa accidentalia contractuum, nam ſi circa ſubſtantialia, aliquando reddunt contractum nullum, aliquando transformant, aliquando alterant. *Nullum* facit, ſi juribus repugnet, hinc non valet ſocietas eo pacto inita, ut unus totum lucrum, & alter totum damnum ſentiat, *l. 29. §. 2. ff. pro ſoc.* (a) *Transformat*, id eſt, in alium contractum tranſire facit, ſi quidem per ſe juri non repugnet, ſit tamen contra eſſentiam, ſeu ſubſtantiam contractûs, cui adjicitur. Pone, me tibi rem commodâſſe, atque in continenti placuiſ-

(a) Quod tamen ita intellectum volumus, ſi juribus, & ſimul ſubſtantiæ contractûs, uti in dato exemplo, repugnet. Nam ſi juribus quidem repugnet, nec tamen ſit contra ſubſtantiam contractûs, non contractus, ſed ipſum pactum vitiatur. *arg. l. 5. C. de ll. & l. 23. ff. de R. J.*

Digitized by Google

cuiſſe, ut pro ejus uſu mihi mercedem ſolveres, commodatum, cùm mercedem reſpuat, *§. 2. quib. mod. re contr. obl.* transmutatur in locationem, conductionem. Fac ulteriùs, me depoſuiſſe apud te centum, ac ſtatim poſteà, te rogante, placuiſſe, ut uti poſſes, ac tantundem determinato tempore reſtituere, hic tranſit depoſitum in mutuum, *arg. l. 9. §. fin. ff. de R. C.* quia in depoſito primariò reſpicitur commodum deponentis, qui rem depoſitam, quandocunque libuerit, poteſt repetere, hic autem potiùs attenditur utilitas accipientis, qui tantùm poſt certum tempus reſtituere tenetur. *Alterat*, hoc eſt, irregulare facit, ſi pactum neque ſit contra-neque juxta-ſed præter naturam contractûs. Pone rurſus, me apud te depoſuiſſe pecunias, ac ſtatim placuiſſe, ut ſi voles, poſſes uti, non tamen adjecto tempore reſtitutionis, hic manet depoſitum, ſed irregulare, quia eſto, ſit conceſſus uſus, non tamen egreditur ſubſtantiam depoſiti, cum ad libitum poſſit repeti, & primariò cuſtodiam, ac ideo deponentis commodum reſpiciat, *l. 24. & 26. ff. depoſ. vid. latiùs D. Gletle loc. cit. c. 2. §. 5. & ſeqq. Voët. d. l. num. 5.*

SECTIO II.
De Contractibus.

§. I.
Quid, & Quotuplex ſit Contractus?

Contractus, quod vocabulum nomenclaturam habet à contraho, 27
quatenus diverſæ opiniones poſt multas altercationes, ùt ait *Illuſtr. D. Coll. de Herz d. Tr. c. 3. num. 1.* in idem placitum perducuntur, ac trahuntur, *l. 8. C. de reſcind. vend.* in ſenſu proprio, & prout contra diſtinguitur à pacto in ſpecie, quamvis à variis varias ſortitus ſit deſcriptiones, (a) quas allegat, & ſub incudem vocat *cit. Gletle P. 1. Pand. q. 20. num. 5.*

(a) Si quidem *in l. 19. ff. de V. S.* definit JC. quod ſit *Ultrò, citróque obligatio.* Sed obligatio eſt potiùs effectus ipſius contractus. Si dicas ſumi pro ejus cauſa: Tamen non ſubſiſtit, quia non OMNI (nempe unilateralibus) nec SOLI (quia etiam nuda pactio v. g. de permutandis equis, aut libris mutuam obligationem patit) competit. Alii: *Eſt conſentio ultro, citróque habita pariens obligationem civilem.* Sed parit eandem ferè criſim; veluti patet de pacto legitimo, ſeu contractui in continenti adjecto. *l. 6. l. 7. §. 5. ff. de pact.* Alii: *Eſt conſentio cum cauſa.* At non competit conſenſualibus, qui tantùm nomen habent. Quod ſi per cauſam intelligant actionem, hoc etiam competit pacto legitimo. Alii: *Eſt conſentio ex virtute intrinſeca actionem in*

accuratior tamen eſt vulgata, quòd *ſit conventio habens ſpeciale nomen, vel eo deficiente cauſam.* deducitur ex *l. 7. §. 1. & 2. ff. de pact.* Dicitur *conventio*, per quod genericè convenit cum pacto in ſpecie. Dicitur: *habens ſpeciale nomen, vel cauſam*, quibus indicatur tum differentia à pacto, quod nec nomen, nec cauſam habere poteſt: Tum quòd ad contractum ſufficiat, ſi habeat vel nomen, vel cauſam. Quid, ſi conventio nomine, & cauſa inſtructa ſit, quales conventiones ſunt contractus reales nominati v. g. Mutuum, Commodatum? Vel maximè erit contractus, ſi enim ſufficit alterutrum, multò magis ſufficiet utrumque. At dices, utrumque non tam ſufficere, quàm ſuperfluere: Negamus illatum: Non enim ſuperfluit traditio, utpotè ad eſſentiam contractuum realium indiſpenſabiliter requiſita. Non ſuperfluit nomen, quod per traditionem ſortiuntur, ut differant à contractibus innominatis.

Levius eſt, quod opponunt, emptionem, venditionem, ſtipulationem eſſe contractus, licèt nec nomen, nec cauſam habeant: non cauſam, quia in his traditio non requiritur, non nomen, quia poſſunt prædicari de pluribus ſpecie differentibus v. g. emptio-venditio, de emptione-venditione ſcripta, & non ſcripta. Stipulatio de ſtipulatione principali, & acceſſoria, ſeu fidejuſſione. Nam negatur ſuppoſitum, emptionem-venditionem ſcriptam, & non ſcriptam, ſtipulationem principalem, & acceſſoriam ſpecie eſſentiali inter ſe differre: Non priores, quia non datur ex natura emptionis-venditionis emptio-venditio ſcripta, ſed tantùm ex conſenſu contrahentium, qui ſuum conſenſum ad ſcripturam reſtrinxerunt, quod & in aliis contractibus fieri poteſt: Non poſteriores, quia non differunt à forma, utpote quæ in utraque ſtipulatione eſt eadem, ſcilicet interrogatio, & reſponſio, ſed tantùm ab objecto, quatenus ſtipulatio principalis non ſupponit obligationem præviam, benè verò acceſſoria, ſeu fidejuſſoria.

Neque feliciùs urgent, qui ajunt: Donatio nomen eſt, nec tamen dici poteſt contractus, ut ipſimet faſſi ſumus ad *tit. de donat. n. 1.* Nam donatio non eſt nomen ſpecificum, ad contractum requiſitum, ſed tantùm genericum, & grammaticale, cùm poſſit prædicari de pluribus donationibus ſpecie eſſentiali, & juridica differentibus. Siquidem audito nomine donationis non ſcio, num ſit donatio inter vivos, vel mortis cauſâ, propria, vel impropria? Quæ, uti diverſas habent eſſentias, ita & diverſiſſimos producunt effectus.

Sum-

in foro civili generans. Verùm ex natura ſua omnia pacta & contractus (cùm utrobique adſit verus conſenſus ad ſe obligandum) eandem vim obtinent; hinc vel tam illa, quàm iſti, vel neuter obligationem in foro civili pariet.

Summa diviſio contractuum eſt, quòd alii ſint verè tales, alii quaſi 28
tales. Verè *tales* dicuntur, qui perficiuntur conſenſu vero, ſive expreſſè verbis, vel litteris; ſive tacitè, id eſt, facto quodam proportionato v. g. nutu, *arg. l. 4. §. 1. ff. de pact.* vel patientiâ, *l. 6. §. 2. ff. mand.* declarato. *Quaſi tales*, qui perficiuntur conſenſu à jure præſumpto, ſeu potiùs ficto. Quod contingit, ſi præceſſerit tale factum (intellige honeſtum, *princ. Inſt. de obl. quæ quaſi ex contr.*) quod de ſe quidem conſenſum non indicat, ſed æquum eſt, conſenſum à jure fingi; adeóque conſenſus tacitus ex facto eruitur, fictus propter æquitatem in factum infertur, ita, ut ille, cujus conſenſus fingitur, nolens volens debeat conſentire. Lex enim præſumit, cives conſenſuros eſſe, vel certè conſentire debere in id, quod ratio naturalis dictat. Inde fluit, quòd JCti quandoque *Ex re* obligationem oriri dicant, *vid. l. 46. ff. de O. & A. l. 13. in fin. ff. commod.* Hinc *Hub. Inſt. de obl. quæ quaſ. ex contr. num. 1.* Quaſi contractus definit, *quòd ſint facta honeſta*, ex quibus (id eſt, quorum occaſione) *naſcitur obligatio propter æquitatem.* Quæ definitio certè melior eſt illâ, quam ex *Pagenſtecb. affert. Mollenb. in Theſ. Jur. ff. de pact. num. 33. quòd ſit negotium non turpe actionem efficacem producens ex contractu* (a) *præſumpto, aut etiam ex vero* (& hoc planè eſt erroneum, cùm verus conſenſus faciat verum contractum) *quando nomen abeſt, atque cauſa.* Unde per ultima verba (rurſus malè) ſupponit, pacta legitima ſpectare ad quaſi contractus. Quinam autem ſint quaſi contractus in ſpecie, ſuô locô videbimus: Interim redimus ad verè tales, quorum

Alii ſunt Nominati, alii innominati. Illi dicuntur, qui habent 29
ſpeciale nomen, ùt mutuum, depoſitum. Hi, qui nomen ſpeciale non habent, habent tamen cauſam; unde infertur, omnes contractus innominatos debere eſſe reales, cùm ad illorum ſubſtantiam (utpote nomine deficiente) requiratur datio, vel factum. Súntque alii Regulares, alii Irregulares. *Regulares*, qui planè nullum nomen, neque genericum, ſeu apparenter tale habent, ut ſunt: *DO, UT DES: DO, UT FACIAS: FACIO, UT FACIAS: FACIO, UT DES, l. 5. pr. §. 3. & 4. ff. de præſ. verb.* & illorum contrarii v. g. *NON FACIO, UT DES, DO, UT NON FACIAS &c.* Irregulares ſunt, qui habent ſaltem nomen genericum, grammaticale, & apparenter tale, adeóque deflectunt quodammodo à natura contractuum Innominatorum, & accedere videntur ad Nominatos: Súntque duo: *PERMUTATIO*, & Contractus *ÆSTIMATORIUS.* Illa eſt *contractus innominatus, quo res datur ea lege, ut viciſſim detur alia.* Verùm hic obſtrepis: Utique permutatio nomen eſt? Nomen eſt, ſed ge-

 ne-

(a) Vult fortè dicere; EX CONSENSU, vel probabiliter erit error typi.

nericum tantùm; adeóque ad conſtituendum contractum nominatum inſufficiens; poteſt enim prædicari de pluribus contractibus ſpecie eſſentiali differentibus: Equidem poſſum dicere: Emptio-venditio eſt permutatio rei pro pretio; locatio-conductio eſt permutatio rei pro mercede &c. Majorem, quàm cum contractibus nominatis, affinitatem habet permutatio cum contractu, *Do, ut des*: *Zoëſio* enim *ff. de R. P. num. 4.* & aliis videntur hi duo articuli inter ſe non diſcrepare. Accuratiùs tamen cum *Lauterb. d. t. §. 18.* dices in eo differre, quòd articulus: *Do, ut des* latiùs pateat, quàm permutatio. Datur enim interdum res ea lege, ut non alia pro illa, ùt fit in permutatione, ſed illa ipſa, vel ſola, vel cum alia reddatur: (a) Videbitur quidem tibi, ſi eadem res ex conventione reſtituatur, eſſe vel Commodatum, vel Depoſitum: At cogita, in his contractibus non transferri dominium, uti transfertur in contractibus, *Do, ut des, arg. l. 1. §. 3. ff. de R. P. & l. 5. §. 2. ff. de P. V.* (idem de permutatione, omnibúsque contractibus, qui à datione incipiunt, *arg. §. 14. Inſt. de act. & l. 75. §. fin ff. de V. O.*) ſed tantùm uſus, vel cuſtodia. Eſto exemplum contractûs, *Do, ut des*, in ſponſoribus, qui annullum tertio unà cum dominio ea conventione *Dant*, ut victori *det*. Hic nulla ſubeſt ſpecies permutationis: Adeſt tamen contractus *Do, ut des.* Alter contractus innominatus, irregularis videlicet Æſtimatorius eſt ***contractus realis, quo res certo pretio æſtimata datur vendenda ea lege, ut accipiens vel pretium ſolvat, vel ſi non vendidit, nec ipſe titulo emptionis retinere velit, ipſam rem reſtituat.*** Nobis Germanicis dicitur: Däntel-Marckt. Participat hoc negotium de variis contractibus, & quidem de *Emptione-venditione*, quia res æſtimata vendenda traditur: De *Mandato*, ſi accipiens gratis faciat: de *Locatione-conductione*, ſi merces (ùt plerumque fieri ſolet) interveniat.

Sanè inter contractus nominatos, & innominatos notabiles adſunt differentiæ: Ex contractibus Nominatis oritur certa actio habens certam præſcriptam formam: In Innominatis naſcitur ex omnibus Actio *præſcriptis verbis*: Quatenus in his contractibus ſimplici verborum relatione (nulla præſcripta formula) res geſta deſcribitur, ſeu Judici proponitur. Dixi: *Ex omnibus*, ita, ut neque excipiatur (ùt quidam docent, adſtruúntque actionem de dolo) contractus *Facio, ut des*, cùm ſit ubique ca-

(a) At quomodo differt ab emptione-venditione, cùm pecunia quandoque vices ſpeciei ſubeat. *l. fin ff. de condict. cauſ. dat.* Et res, ſeu ſpecies quandoque locum pretii *arg. l. 1. C de rer. permut.* Nec enim eſt quæſtio nominis; nam præter alias differentias venditio eſt contractus conſenſualis in re aliena ſubſiſtens: non item permutatio *l. 1. § fin ff. de rer. permut.* In eo differentiam advertes, quod permutatio à datione (quæ dominium transfert *§. 14. de Act.*) debeat incipere. Nec enim eſt permutatio, niſi ſaltem unus contrahentium rem propriam dederit.

eadem ratio, & fundamentum, *vid. l. 15. & 22 ff. de Præſ. verb. l. 7. §. 2. ff. de pact.* Maximè tamen obloquitur JC. in *l. 5. §. 3. ff. de P. V.* dum ait: *quod, ſi faciam, ut des, & poſtea, quam feci, ceſſes dare, NULLA erit CIVILIS ACTIO, & ideo de dolo dabitur.* Difficilis nodus! Solvunt communiter per actionem civilem non intelligi actionem præſcriptis verbis, ſed condictionem causâ datâ, causâ non ſecutâ, quæ in data ſpecie obtinere non poteſt, quia, quod factum eſt, infectum fieri nequit: Vix tamen eſt, ut hæc reſponſio ſubſiſtere valeat, dum textus generaliter omnem actionem civilem negat, ibi: *nulla erit civilis actio*, & in §. præcedenti JCtus per actionem civilem non tantùm condictionem cauſa data, cauſa non ſecuta, ſed etiam actionem præſcript. verb. intelligit. Potiùs fatendum eſt, in hac ſpecie ipſos JCtos in dubio verſatos fuiſſe, uti patebit conferenti hunc textum cum *d. l. 15. ff. de præſc. verb.* Idem dubium erit, caſu quo rem dedi pro alia, & ea, quam dedi, poſtea fuit evicta: Equidem Julianus actionem doli competere ajebat *d. l. 5. §. 2. d. t.* qui meritò ita referente Ulpiano *d. l. 7. §. 2. ff. de pact.* à Mauriciano reprehenditur, eſt enim, & manet (eſto dolus interceſſerit) contractus, *Do, ut des*, conſequenter actione prætoria non eſt opus.

Altera notabilis differentia intercedit, quòd in contractibus innominatis illi, qui dedit, competat facultas pœnitendi, etiamſi alter paratus ſit, ad viciſſim implendum contractum, atque illius interſit, ut ſtetur contractui, *l. 3. §. 2. ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* quod non procedit in contractibus nominatis, niſi caſu quo contrahentis non intereſt, contractum impleri, uti patet in mandato depoſito, ſocietate, in quibus, ſi alterius non intereſt, etiam licet pœnitere. Dixi: *illi, qui dedit*, accipienti enim pœnitere non licet, nam, qui ob cauſam accipit, nec tamen jam implet, in dolo hærere dicitur, *arg. l. 17. §. pen. ff. de Inſt. act.* Conſonat *l. 7. §. 2. ff. de pact.*

Rogitas, cur igitur in contractibus innominatis detur locus pœnitentiæ? Ajunt communiter, quia ille, qui dedit, non dedit, ut ſe, ſed ut alterum ſibi obligaret, ex pacto autem prævio, utpote nudo, & reſpectivo aliunde de jure civili non oritur obligatio, niſi conditionata. Verùm, cùm hæc ratio etiam applicari poſſit contractibus nominatis, dicique, venditorem non tradidiſſe mercem, ut ſe, ſed ut alterum ſibi obligaret, ad aliam magis propriam recurrendum eſt, quam poſt *Hub. h. t. num. 4.* eruditiſſimè, ut ſolet, ſubminiſtrat ſæpe *laud. Illuſtr. D. Coll. de Herz cit. Tr. c. 4. §. 1. num. 4. & 17.* Nimirum contractus innominati, utpote rariores, minùs utiles, ideòque nomine, certáque actionum formulâ deſtituti, *l. 6. C. de R. P. l. 7. §. 2. ff. de pact.* à Romanis ex eo con- 31

tem-

temptim, ſeu neglectim habebantur, ut contrahentes adigerentur ad nominatim, & ut plerumque fieri ſolebat, per ſtipulationem, unde oritur certa & nominata actio, contrahendum. Equidem conventionum quædam ſunt frequentiores, ac quotidianæ, (a) quædam minùs frequentes, quædam verò omninò rariores. Illis datum fuit Nomen; unde nati ſunt contractus Nominati, iſtis Cauſa, unde innominati, ſed infirmiores, ultimis nec nomen, nec cauſa indulta fuit, ſúntque pacta, eáque infirmiſſima, *cit. Hub. d. l. num. 2.*

Dubitatur, num etiam uſu fori hodierni facultas pœnitendi obtineat? Nos, quibus praxis nonniſi per accidens, & quæ paſſim recepta videtur, incumbit, ſitque hæc ſententia inter ipſos Pragmaticos ſatis controverſa *(vid. interim Hub. ff. de cond. cauſ. dat. & ei contradicent. Thomaſ. ibid. num. 5.)* huic difficultati impræſentiarum non immoramur, interim tamen nec pro iis intercedimus, qui omnimodam inter contractus nominatos, & innominatos in hoc capite admittunt hodie paritatem; ſiquidem etiam noſtris moribus indubitatum nobis eſt, præter actionem præſcriptis verbis, quæ competit, ad urgendum ex parte altera implementum contractûs, oriri occaſionaliter etiam condictionem cauſâ datâ, cauſâ non ſecutâ, ad repetendum id, quod datum eſt, cauſâ illâ non ſecutâ, quod in contractibus nominatis, ubi non ad dati repetitionem, ſed ad implementum contractûs agendum eſt, *arg. l. 8. C. de contr. empt. vend. l. 14. C. de reſcind. vend.* non procedit, unde patet, etiam apud Noſtros, illos his eſſe infirmiores. (b) Verùm de his ſatis.

32 Alii rurſus ſunt contractus unilaterales, alii bilaterales. *Unilaterales* ſunt, in quibus tantùm ex una parte contrahentium oritur obligatio, ùt ſunt Mutuum, Stipulatio, Contractus chirographarius, &, ùt patet ex dictis, omnes Contractus Innominati. Neque refragatur, quòd etiam ſtipulator teneatur conditiones annexas ſervare, mutuans rem mutuò datam non ſtatim repetere valeat, vel ſi rem vitioſam de-

de-

(a) Utpote magis, imò ſtrictè neceſſariæ; unde hæc differentia potiùs à neceſſitate & notabili utilitate, quàm à frequentia deſumenda eſt; Pacta ſiquidem aliàs erant frequentiſſima & obvia; ſed rariùs (ſi quædam, nempe legitima excipias) vel utilia vel neceſſaria, & ideo denegata iis actio, ne lites multiplicarentur. Et ita cum his conciliabis, quæ ſuperiùs *num. 23.* tradita ſunt.

(b) Accedit, quòd in venditione aliiſque ſimilibus contractibus, non tradatur res, aut ſolvatur pretium propter cauſam futuram, ſed potiùs præteritam, ſcilicet prævium contractum utriusque conſenſu perfectum; quod de contractibus innominatis dici nequit, cùm in iis detur res ob cauſam futuram, cujus natura eſt, ut cauſâ illâ non ſecutâ datum (quaſi ſub conditione reſolutiva vel ſaltem ſub modo) repeti poſſit; ſibi enim imputet alter, quod non viciſſim dederit, & contractum hactenus imperfectum ad ſtatum perfectum non redegerit.

Digitized by Google

derit, obſtringatur ad damnum reſarciendum, accipiens Chirographum, pecuniâ non numeratâ, illud reſtituere debeat, adeóque etiam iſti contractus videantur eſſe bilaterales. Nam ejuſmodi obligationes, utpote effectu juris, ſeu actione deſtitutæ, non ſufficiunt ad faciendum contractum bilateralem. *Bilaterales* autem Contractus ſunt, ubi ex utraque parte contrahentium naſcitur obligatio, quales ſunt emptio-venditio locatio-conductio, Societas, Mandatum &c. Et hi ſunt ulteriùs vel *per ſe*, vel tantùm *per accidens*, atque ex poſt facto tales. *Priores* dicuntur illi, in quibus ex utraque parte ſtatim, & ab initio naſcitur obligatio, uti contingit in emptione-venditione, locatione-conductione, Societate, ubi uterque contrahentium ſtatim, & principaliter obſtringitur. *Poſteriores*, ubi ab initio tantùm ex una parte oritur obligatio, ex altera verò conſecutivè, & minùs principaliter, quales ſunt Commodatum, Depoſitum, Pignus, ſiquidem v.g. in Commodato, ab initio, & principaliter tantùm obſtringitur Commodatarius, ad rem finito uſu reſtituendam: Commodans verò non aliter, quàm ex poſtfacto, ſi fortè Commodatarius in rem (non in uſum) fecit expenſas, & ita proportionaliter de aliis: hæc enim obligatio tantùm per accidens conſurgit, cùm non importetur in definitione horum contractuum, poſsítque facilè contingere, ut Commodans, vel Deponens Commodatario, vel Depoſitario ad nihil teneantur, ſi nimirum nullas expenſas fecerint, ſecùs eſt in contractibus per ſe bilateralibus, in quibus utriusque obligatio ſubſtantialiter importatur, *Ludov. in Theſ. Jur. de O. & A. num. 37.* In contractibus *per ſe* bilateralibus datur actio utrinque directa, in bilateralibus *per accidens* directa, & contraria, illa competit minùs principaliter obligato contra principaliter obligatum. Hæc principaliter obligato contra minùs principaliter obligatum ad obtinendam indemnitatem: Prior in quibusdam contractibus, ſcilicet Mandato, Depoſito, Tutela, & Societate (quæ utrinque directa) dolo interveniente infamat, *§. 2. de pœn. temp. litig.* cùm in his agatur de fide rupta, non autem contraria, cùm in hac ſolummodò agatur ad conſequendam indemnitatem, *vid. l. 6. §. fin. ff. de his, qui not. inf.* neque de perfidia quidquam regulariter diſquiritur. Dixi: *regulariter*, non enim implicat etiam in actione contraria de ſingulari perfidia agi, uti patet ex *d. l. 6. §. 5. de his, qui not. inf.*

Alii ulteriùs ſunt Contractus Bonæ Fidei, & alii Stricti Juris:
Illi ſunt, in quibus Judici permiſſa eſt poteſtas judicandi ſecundùm æqui-
tatem, adeóque etiam ad ea, de quibus inter partes non fuit conven- 33
tum, *§. 28. & §. 30. de act. l. 2. §. 3. l. 5. pr. ff. de O. & A.* videatur clarum

Digitized by Google

exemplum *in l. 13. §. 10. ff. de A. E. V.* & *l. 38. ff. ædil. Edict.* *Isti*, ubi poteſtas Judicis ita reſtricta eſt, ut non poſſit judicare, niſi de iis, de quibus expreſſa fuit facta mentio, *l. 78. §. 1. l. 99. ff. de V. O.* Exinde advertis, bonam fidem hic neque ſumi pro illæſa conſcientia rei alienæ, uti in materia de præſcriptionibus, neque pro ſinceritate animi, quæ omnem fraudem excludit, hæc quippe requiritur in omnibus negotiis, ſed pro majori facultate Judici in judicando competente *D. D. Franz h. n. 44.*

Interrogas, unde poſſit cognoſci, num contractus ſit bonæ fidei, vel ſtricti juris? Paucis habe: omnes contractus bilaterales ſive per ſe, ſive per accidens tales, ſeu etiam unilaterales, ſi ſupponant pactum utrinque obligatorium, quales ſunt contractus innominati, quos (ſaltem, ùt ajunt, naturâ) præcedit pactum, *Do, ut des, Do, ut facias &c.* ſunt bonæ fidei. Contractus verò ſimpliciter unilaterales ſunt ſtricti juris. Verbô, omnes conventiones, ex quibus mutua obligatio conſurgit, ſunt bonæ fidei, conſequenter ad hos etiam reducimus omnes contractus innominatos ob pactum reciprocum, quod præcedit. Neque curamus, quòd in *§. 28. de act.* tantùm fiat mentio de actione præſcriptis verbis, *quæ ex permutato & æſtimato* oritur, nam hoc fit tantùm exempli locô, quatenus de his videbatur majus dubium, num ſpectent ad contractus innominatos, ac exinde oriatur Actio præſcriptis verbis, cùm videantur habere nomen: Reliquæ verò ſtricti Juris. Ideo hìc opportunè

Quæris: cur igitur in negotiis bilateralibus major poteſtas Judici tribuitur, quàm unilateralibus? Ideo, quia in his, cùm adſit mutua obligatio, illi, qui hic, & nunc in plus condemnatur, affulget ſpes alicujus compenſationis, quatenus Judex ita æquitate ſuadente, etiam alterum viciſſim ad plus condemnabit. Fac, venditorem condemnatum eſſe ad fructus, de quibus nil fuit in conventione memoratum, unacum fundo tradendos: Nónne hoc damnum poterit compenſari, ſi emptor ad uſuras pretii, commiſsâ fortè in ſolvendo morâ, condemnetur. Hoc, ùt vides, non procedit in negotiis unilateralibus, ubi condemnato nulla ſupereſt ſpes alicujus compenſationis obtinendæ, cùm alter ad nihil viciſſim ſit obſtrictus; conſequenter æquitas ſuadet, ut in negotiis, ubi tantùm ex una parte oritur obligatio, ac ſolius illius præjudicium vertitur, reſtrictior ſit Judicis poteſtas: Hinc egregiè falluntur illi, qui exiſtimant, hanc diviſionem eſſe fundatam in mera juris civilis ſubtilitate, vel (ſi quasdam differentias excipias) in antiquo formularum proceſſu. Diſplicet etiam eorum (inter quos eſt *Titius in Theſ. Jur. ff. de O. & A. n. 71.*) opinio, qui generaliter, & nimis confidenter aſſerunt, omnes differentias inter contractus bonæ fidei, & ſtricti Juris hodiernis mo-

moribus eſſe ſublatas. Quod tam parùm verum eſſe poteſt, quàm evidentiùs ex dictis apparet, diſcrimen inter hos contractus non in ſubtilitate, ſed juſtiſſima æquitate fundari. Fac enim me tibi vendidiſſe fundum pendentibus fructibus pro mille, qui juxta omnium æſtimationem in ſe tantùm valeret octingentis, nec de fructibus fuiſſe factam mentionem, quis negabis, fuiſſe etiam ſubintellectas ſegetes, quæ unacum fundo æquivalerent pretio convento, quis amabo! Judex in jure, ac praxi verſatus, eas cum fundo non adjudicabit, quò facit, *d l.13. §.10. ff. de A.E.V.* jungat. *d. l. 38. ff. de ædilit. edict.* quis autem fructus hos donatario (idem de ſtipulatore) ſi de his in donatione nulla facta fuiſſet mentio, competere autumabit, ubi inter datum, & acceptum nulla obtinet, aut deſideratur proportio? huc ſpectat *d. l. 78. & 99. ff. de V. O.* Non levis etiam inter hæc duo negotia intercedit differentia, quòd negotium bilaterale, ubi agitur de utriusque contrahentium commodo, ſit latioris interpretationis, quàm unilaterale, ubi agitur de ſolius dantis præjudicio, & alterius ſolius lucro? Neque illud credimus, deberi in contractu ſtricti juris fructus ex re perceptos, niſi petatur id, quod anteà noſtrum fuit, uti ſit in condictionibus, *l. 15. ff. de condict. indeb.* vel ſint poſt litem conteſtatam percepti, *arg. l. 31. pr. ff. de R. C. & l. 20. ac 35. §. 1. de R.V.* Debentur tamen in contractu bonæ fidei, *l. 38. §. 1. & 7. ff. de uſur.* Minùs perſuaſi ſumus, æſtimationem rei deperditæ, vel deterioratæ eodem modo obſervari in negotiis bonæ fidei, ac ſtricti juris, dum in illis ſpectandus eſt valor, qui inerat tempore rei judicatæ, in his verò litis conteſtatæ, *l. 3. §. 2. ff. commod. l. pen. & ult. de condict. tritic.* conferatur *l. 22. ff. de R.C. cum l. 3. §. 3. ff. de A. E. V.* Addantur ea, quæ ad rem tradit *Gletle de pact. c. 3. §. 1. à num. 18.* quæ eo recidunt, ut in judiciis ſtricti juris attendatur præcisè vel inſtans moræ, vel litis conteſtatæ: in actionibus bonæ fidei verò tempus moræ usque ad ſententiam, conſiderato etiam valore maximo temporis intermedii. Nec dubitamus, ſi in contractu bonæ fidei res deterior ſit reſtituta, competere ad id, quod intereſt, actionem ex ipſo contractu, ac ſi res reſtituta non eſſet, *d. l. 3. §. 1. ff. commod. l. 1. §. 16. ff depoſit.* hoc tamen non admittimus in contractu ſtricti juris, ubi re quomodocunque reſtituta, ceſſat obligatio ex contractu unà cum actione, hoc ipſo, quòd ſtrictè loquendo res ſit reſtituta, adeóque ratione intereſſe agendum eſt actione doli, *l. 7. §. 3. ff. de dol. mal.*

Sunt & aliæ de jure communi inter hos contractus, eorúmque actiones differentiæ, & quidem (1.) quòd in actionibus bonæ fidei debeantur uſuræ ex mora, *l. 3. §. 2. ff. de uſur.* in ſtricti juris judiciis non ali-

aliter, quàm ſi in ſtipulationem (hodie etiam in pactum nudum, imò ex mora, *R.J. de Anno 1600. §.* So vil nun) fuerint deductæ, *l. 3. C. de uſur.* (II.) In judiciis bonæ fidei admittitur juramentum affectionis, non item in ſtricti juris, ſed tantùm veritatis, *v. l. 5. pr. & §. fin. l. 6. ff. de in lit. jur.* (III.) In his exceptiones ab initio litis erant conteſtandæ (& hoc haud dubiè ab obſervantia proceſsûs formularii, ſeu Judicis pedanei) in illis etiam in decurſu proceſsûs poterant opponi, *l. 9. C. de praeſ. long. temp. l. 8. & 9. C. de except. cit. Gletle ibid. num. 14.*

34 Alii iterùm ſunt contractus translativi juris in re, alii non translativi juris in re, *Illi* dicuntur, qui de ſe ſunt habiles (ſuppoſita tamen traditione) ad transferendum jus in re, quales ſunt emptio-venditio, ſocietas, mutuum, pignus, & contractus innominati. Dixi *de ſe:* nam, ſi fortè, quia contrahens non fuit dominus, actu dominium non tranſeat, eſt per accidens non ex defectu contractûs, ſed potiùs ipſius tradentis. *Iſti* ſunt, qui etiam accedente traditione, ad transferendum jus in re, non ordinantur, ſed tantùm transfertur jus ad rem, uſus, ſeu cura, uti fit in locatione-conductione, commodato, depoſito. Differunt notabiliter, quòd poſteriores indiſtinctè valeant, etſi res ſit aliena, *l. 15. & 16. ff. commod. l. 81. ff. depoſ.* Priores verò quidam valent in re aliena, quidam non, ſic emptio-venditio valet, *l. 28. & arg. l. 25. §. 1. ff. de empt. vend.* Item pignus ſaltem in ratione contractûs, *l. 9. l. 32. ff. de pign. act.* Econtra non valet permutatio rei alienæ (idem eſt dicendum de aliis contractibus huic ſimilibus, ſcilicet Do, ut Des, Do, ut Facias, Facio, ut Des, *l. 5. §. 2. ff. de P.V.*) *l. 1. §. ultim. ff. de permut.* Et quamvis permutatio numeretur inter titulos habiles ad pariendam uſucapionem, *tot. tit. ff. de permut.* qui & valere, & ſupponere rem alienam debent, hoc dictis non officit, quia, ut permutatio uſucapionem pariat, ſunt ponendi termini habiles, adeòque ſupponendum, quòd unus ſaltem contrahentium rem propriam dederit.

Alii denuò ſunt contractus juris gentium, alii juris civilis. *Priores* ſunt, qui alio jure, quàm Romano introducti, ab hoc tamen recepti ſunt, ùt ſunt omnes contractus conſenſuales. *Poſteriores*, qui à jure Romano quoad ſubſtantiam inventi ſunt, ùt ſtipulatio, & contractus chirographarius.

Alii denique ſunt contractus *Reales*, qui ad ſui ſubſtantiam requirunt interventum rei, ſeu traditionem, ùt mutuum, commodatum, vel factum, ùt fit in quibusdam contractibus innominatis v.g. Facio, ut Facias, Facio, ut Des. Alii *Verbales*, qui ſolennia verba deſiderant, ùt eſt ſtipulatio. Alii *Litterales*, qui litteris, ſeu ſcripturâ perficiuntur, eſt-

eſtque unicus ſcilicet contractus chirographarius, & alii *Conſenſuales*, qui ſolo conſenſu ad ſui valorem, ac ſubſtantiam ſunt contenti, ùt emptio-venditio, locatio-conductio, de quibus omnibus propriis ſuis locis agendum. Alio hìc filo ducimur.

§. II.

De Cauſa efficiente, Objecto, & Forma Contractuum.

CAuſa efficiens contractuum alia eſt Remota, alia Proxima. Remota 35
eſt *JUS*, ſed quale? Tum Naturale, tum Gentium, tam Civile. *Naturale*, ſi contractus conſiderantur quoad ſubſtantiam, & quatenus, ſuppoſita rerum diviſione, neceſſarii ſunt ad ſublevandas hominum indigentias: nec non, quatenus fides in contractibus data, ſervanda eſt, *l. 1. ff. de pact.* *Jus Gentium*, & quidem propriè tale, ſi ſpectentur ſub ratione exercendi commercia inter gentes, vel impropriè tale, quatenus ab alio jure, quàm Romano ſunt inrroducti, & à majori gentium parte recepti. *Civile*, hoc ſenſu, quòd quælibet ferè Reſpublica in particulari certum modum, ac formam contrahendi præſcripſerit. Dixi: *Civile*, & quidem Romano antiquius, ſi ſtipulationem & contractum litteralem, qui cunabula ſua juri Romano in acceptis referunt, excipias. Originem verò omnium contractuum nemo aptiùs explicat *Voëtio de Juſt. & Jur. num. 18.* cujus verba paulò reſtrictiùs referre placet: „Cùm „non omnia, ait, ſingulis ſuppeterent, nec omnis ferret omnia tellus, „neceſſitas pariter, ac utilitas commercia ſuaſit mediantibus contractibus pleniùs excolenda: inter quos antiquiſſima quidem, & ad ſimplicitatem proximè accedens, apparet PERMUTATIO. Sed, cùm non „ſemper ea nobis eſſent ſupetflua, quæ alius viciſſim deſiderabat, adinventâ pecuniâ, res omnes alias æſtimante, ac menſurante, ſucceſſit „EMPTIO-VENDITIO: *L. 1. ff. de cont. empt.* In gratiam deinde eorum, quibus pretium ad emendum ſufficiens deerat, vel ob alias circumſtantias rem tantùm ad uſum deſiderabant, introducta eſt LOCATIO-CONDUCTIO, ut modica pecunia rerum, quibus indigebant, ad certum tempus compararent uſum: quòd, ſi nec tantum ſuppeteret, ut merces conſtitueretur, ad aliorum liberalitatem, ut gratis „concederent uſum, recurrendum erat, inde ortum COMMODATUM, „atque PRECARIUM. Aut erant numi aliunde comparandi, ſeu inveniendi pro emendo, vel conducendo, ac ita inventum MUTUUM.

„Ne autem interim creditor fortè periclitaretur, res aliæ ſecuritatis cauſâ uſque ad mutui, ſeu crediti reſtitutionem viciſſim tradebantur, unde habes PIGNUS. Et dum non omnes ad ſua gerenda ſe aptos viderent, vel ætate, abſentiâ, peregrinatione, ſexûs verecundia, aut etiam non rarò deſidiâ impediti, vel detenti, negotia illa, vel res aliis, & plerumque amicis gerendas, ſeu cuſtodiendas committebant; atque exinde natum eſt MANDATUM, DEPOSITUM; aut, qui ſimul gerere deſiderabat, utpote ſibi non ſatis ſufficiens, nec alteri omnia committere volens, de ſocio ſibi proſpiciebat, hinc enata SOCIETAS. Hactenus ferè *laudat. Auth.*

36 Cauſa efficiens Proxima ſunt contrahentes: poſſunt autem contrahere omnes, qui non prohibentur. Prohibentur alii jure naturali, alii poſitivo. Jure naturali prohibentur (ſeu rectiùs incapaces ſunt) omnes illi, qui non poſſunt ponere conſenſum, qui ad omnium contractuum verè talium (in quaſi talibus ſuppletur à lege) ſubſtantiam neceſſarius eſt. Tales ſunt INFANTES naturaliter tales, qui nimirum nondum habent uſum rationis. Dixi: *naturaliter tales*, infans enim civiliter talis, id eſt, qui nondum implevit ſeptennium, habet tamen uſum rationis, jure naturali contrahere non eſt prohibitus, hoc ipſo, quòd poſſit conſenſum ponere. (II.) *Furioſi*, ſeu cum inſania delirantes, *l. 1. §. 12. ff. de O. & A. l. 5. ff. de R. J.* cùm in eo, uti infante deficiat conſenſus, *vid. §. 8. 9. & 10. de inut. ſtipul.* Limita, ſi tempore lucidi intervalli contraxerit; *arg. l. 8. ff. de his, qui ſui, vel alien. jur. & J. 1. qui teſtam. fac. poſſ.* Item (III.) ex eadem ratione MENTE CAPTI, qui videlicet placidè delirant, (IV.) MUTI, SURDI, & COECI ſimul, cùm pariter conſenſum manifeſtare non valeant, *arg. c. 23. de ſponſ.* Horum igitur omnium nomine Tutor, vel Curator contrahere debet. (V.) DORMIENTES, ac EBRII, ebrietate perfecta, quæ, ſcilicet mentis exilium inducit, conſequenter, & conſenſum deliberatum, ac ſobrium impedit.

Jure poſitivo non poſſunt contrahere (I.) INFANTES civiliter tales, etſi accedat authoritas Tutoris: nam præſtatio authoritatis eſt approbatio negotii, quod à vel cum pupillo geritur, cum infante autem nihil poteſt geri, *arg. l. 1. §. 2. ff. de adminiſt. & per. tut. l. 3. ff. de auct. tut. vid. §. 10. de inut. ſtipul.* quod procedit, etſi judicium ætatem ſuppleret, eſt enim præſumptio generalis, quòd ante ſeptennium non habeat uſum rationis, conſequenter, quamvis hæc ratio pro uno vel altero caſu ceſſet, non admittitur, per ea, quæ de lege in præſumptione fundata paſſim doceri ſolent. (II.) PUPILLI, niſi accedente Tutoris authoritate, revid. dicta ad *tit. de auth. tut. num. 3.* ubi pro regula immota ſtatuimus, in om-

ni-

nibus negotiis requiri authoritatem Tutoris, in quibus pupillus per ſuum factum ſe obligat. (a) (III.) MINORENNES, ubi tamen medio diſtinctionis procedendum, ac videndum, num Curatorem habeant, vel non? ſi habeant, & contractus reſpiciat rerum alienationem, non ſubſiſtit, niſi accedat conſenſus curatoris (imò, ſi ſint res immobiles, vel mobiles pretioſæ, etiam ipſius Magiſtratûs authoritas, *l. 22. C. de adminiſt. tut.*) ſi non habeant, vel habeant quidem, ſed contractus tantùm ad perſonam obligandam ordinetur, uti ſi minor ſe obſtringat ad pingendam tabulam, eundum Romam &c. valet contractus: Ita clarè deducitur ex *l. 3. C. de in int. reſt.* quæ ſic habet: *Si curatorem habens minor quique & viginti annis poſt pupillarem ætatem res vendidiſti, hunc contractum ſervari non oportet* (vult dicere, ipſo jure nullus eſt) *cùm non ab-*

(a) Diximus inſuper *ibid. num. 5.* pupillum ſine tutoris authoritate contrahentem, nec naturaliter, ſeu in conſcientia quoad ſuam perſonam obligari: Neque dictorum pœnitet. Verùm, interrogas, num hoc procedat, eſto non vertatur periculum damni notabilis, v.g. in emptione alicujus rei mobilis non pretioſæ? Quid ni? cùm textus *ibid. num. 3. & 5. citt.* non diſtinguant, & authoritas tutoris ſit de forma ipſius negotii, ſive agatur de gravi, ſive de levi præjudicio. Hoc equidem negabis. At facilè Imperatoria authoritate ſuffulti id ipſum probamus. *In §. 1. Inſt. de auctor. tut.* prohibita eſt pupillis aditio hæreditatis, niſi accedat auctoritas tutoris, quamvis hæreditas ſit illis LUCROSA addita ratione, NEC ULLUM DAMNUM HABEANT. Reponet equidem, hoc ſtatui propter periculum generale, quod vertitur in aditione hæreditatis. Sed & nos replicamus, idem dicendum de aliis omnibus negotiis, ubi pupillus ſe obligat. Urgebis ulterius, de jure naturali nil aliud ad obligationem inducendam requiri, quàm poteſtatem & voluntatem cum rationis diſcretione. Verùm mirum eſt, quòd non advertas, argumentum hoc nimis eſſe bonum, cùm probares etiam in gravioribus negotiis pupillum naturaliter obligari. Sequelam negas, cùm modicum damnum jus poſitivum non reſpiciat, ſed illud remittat diſpoſitioni juris naturalis; Id, quod probare intendis ex *l. 1. C. ſi advers. vend. pignor.* ubi læſis ex contractu non aliter ſuccurritur, quàm SI MAGNO DETRIMENTO AFFICIANTUR. Aſt, amabo! quid hoc ad rem? An non iterum advertis, hic ſermonem eſſe de reſtitutione prætoria, adeóque de contractu juxta formam Juris, conſequenter validè inito; ubi minora non curat Prætor *l. 4. ff. de in int. reſt.* nos econtra in negotio contra formam Juris Civilis (ubi & minima attenduntur) inito verſari? An peregrinum eſſe poteſt JCto, reſtitutionem in integrum, qua impugnatur valor contractûs difficilius indulgeri? *Urges* ulteriùs: ſi obſtaret ratio, eſſet hæc, quòd non ſit ſervata Juris forma, quapropter contractus omni Jure ſit nullus; atqui hoc non eſt perpetuum, ceu patet ex pacto nudo, quod vim obligandi in conſcientia retinuit, tametſi ſua forma, videlicet ſolemni verborum conceptione ſit deſtitutum. Sed hoc prorſus inauditum eſt, formam PACTI NUDI conſiſtere in ſolemni verborum conceptione, quæ pacto potiùs obſtat, vel ſaltem illud ex linea pacti extrahit, & elevat ad lineam ſtipulationis. Pacto nudo Jura non reſiſtunt (neque ſaltem quoad actionem producendam aſſiſtunt) benè verò reſiſtunt obligationi pupillari ſine tutoris authoritate initæ.

Digitized by Google

abſimilis ei habeatur minor Curatorem habens, cui à Prætore, Curatore dato bonis interdictum eſt, ſi verò ſine Curatore conſtitutus contractum feciſti, implorare in integrum reſtitutionem (unde infertur, contractum ipſo jure valere) *ſi nondum tempora definita exceſſerint, causâ cognitâ non prohiberis.* Quòd autem poſſit perſonam ſuam obſtringere, ſatis innuunt verba Modeſtini in *l. 101. ff. de V.O. Puberes*, inquit, *ſine curatoribus ſuis poſſunt ex ſtipulatu obligari*, quæ de alia obligatione, quàm perſonali, ſe ſe ultrà miniſterium perſonæ non extendente, intelligi haud poteſt. (IV.) PRODIGI juridicè tales, quibus ſcilicet à Magiſtratu ob effuſam nimis liberalitatem interdicta eſt bonorum adminiſtratio, *l. 6. ff. d. t.* Dictum fuit *Juridicè tales*; nam Ethicè, ùt ajunt tales, qui nec finem, nec modum callent in rebus ſuis gerendis, ùt tales tamen necdum ſunt declarati, contrahere non prohibentur. (V.) *Filiifamilias* ita, ut, ſi ſint impuberes, neque authore Patre initus contractus valeat, *§. 10. de inut. ſtipul.* quia, ſi læderetur, contra patrem non haberet regreſſum, *arg. l. 4. ff. de jud. & l. ult. C. qui & adv. quos.* Aliam rationem ſuggerit *Vinn. ad §. 10. de inut. ſtipul. num. ult.* diſpar quippe eſt, ait ille, conditio pupilli erga tutorem, & Filiifamilias impuberis erga patrem. Pupillus non tutori, ſed ſibi acquirit, potéſtque alterum, & ſine tutore ſibi obligare, conſequenter æquum videbatur, debere etiam alteri ſaltem accedente tutore ſe obligare poſſe. Econtrà, ſicut filiusfamilias nullatenus ſibi, ſed patri acquirit, ita nec juſtum viſum fuit, ut poſſit authore patre obligari, & veluti pater author eſſe non poteſt, ut filio acquiratur, ita nec poteſt author fieri, ut obligetur. Limitatur, ſi pater reſpectu peculii adventitii (ordinarii, cujus reſpectu legitimus eſt adminiſtrator) authoritatem interpoſuerit, *l. ult. §. 4. in fin. C. de bon. quæ lib.* Imò hodie, uti teſtatur *Illuſtr. D. Coll. de Herz cit. Tr. c. 4. ſect. 1. §. 1. num. 12.* Solus pater ſine filii interventu contrahere ſolet. Si ſit pubes, poteſt contrahere tam de peculio caſtrenſi, vel quaſi, quàm etiam de extraordinario, eſto pater ſit invitus, *d. l. fin §. 5. nov. 117. c. 1.* De ordinario non aliter, quàm cum conſenſu patris, *d. l. & §.* De profectitio ob præſumptam patris voluntatem, cùm illud filio adminiſtrandum dederit, pariter rectè contrahit, *vid. l. 44. & 46. ff. de pecul.* ſicut etiam ſuam perſonam, dummodò patriæ poteſtati nihil deroget, obligare poteſt, ita intellige effatum *JCti Caji in l. 39. ff. de O. & A.* ibi: *Filiusfamilias ex omnibus cauſis* (*ſi mutuum excipias tot. tit. ff. & C. ad SC. Maced.*) *tanquam paterfamilias obligatur, & ob id agi cum eo tanquàm patrefamilias poteſt. Conſul. Clariſſ. D.D. Franz p. m. h. num. 68.* (VI.) RELIGIOSUS ſine licentia ſui Prælati circa res temporales, *c. 4. de fidejuſſ.* quodſi contraxerit, tenetur, quan-

tùm

ùm poteſt, procurare ejus conſenſum, *Magnif. P. Schmier loc. ſuprà cit.* :. 1. §. 4. num. 179. (VII.) Denique SERVUS, *arg. l. 32. ff. de R. J.* utpore obligationis civilis (non naturalis) incapax, *l. 22. ff. eod.*

Objectum ſunt Res & Facta, quæ in contractum deduci poſſunt; hæc omnia præoccupavimus ſuperiùs *part. 1. num. 6. & ſeqq.*

Forma, alia eſt ſubſtantialis, alia accidentalis. Subſtantialis, & 37 quidem *Generalis* reſpectu omnium omninò pactorum, ac contractuum eſt conſenſus (verus, ſive dein tacitus, ſive expreſſus in contractibus verè talibus, in quaſi talibus, præſumptus, ſeu potiùs fictus) verbis, litteris, nutu, vel alio modo, ſive per ſe, ſive per alium manifeſtatus, quo ſine nullus contractus ſubſiſtere poteſt. *Specialis* variat pro differentia ſpecifica, vel numerica contractuum inter ſe conſideratorum: ſic de eſſentia ſpecifica contractuum *Realium* præter conſenſum, eſt traditio rei, ſeu præſtatio facti, *Verbalium* ſunt ſolennia verba, *Litteralis* ſcriptura: *Eſſentia* numerica, ſeu *Individualis* facit, ut unus contractus ab alio ſibi ſpecificè ſimili, numerô differat: ſic mutuum differt ab aliis contractibus realibus, quòd detur res ea lege, ut alia in eodem genere reſtituatur; Emptio-venditio diſcrepat ab aliis contractibus conſenſualibus, quòd perſetur circa conſenſum de re pro certo pretio tradenda, & ita de reliquis, ùt in decurſu patebit.

Forma accidentalis rurſus variat: alia quippe ſunt contractuum 38 Naturalia, alia Solennia, alia Accidentalia. *Naturalia* ſunt illa, quæ contractibus per ſe inſunt, poſſunt tamen conſenſu partium abeſſe, ùt eſt eadem qualitas, & quantitas in mutuo, obligatio præſtandi evictionem in emptione-venditione; *Solennia* (quæ non malè ſubſtantialia juridica dixeris) ſunt ſolennitates à jure præſcriptæ, quibus omiſſis contractus nullus eſt, uti præſentia Parochi, & duorum teſtium in matrimonio, præſtatio authoritatis cum Decreto Magiſtratûs in alienatione rerum immobilium pupillorum, ac minorennium, aut etiam conſenſus Capituli ad alienationem rerum Eccleſiaſticarum. *Accidentalia* iterum ſunt, vel propriè, quæ ſcilicet ſalvo valore, & liciticate contractûs liberè poſſunt deſſe, vel abeſſe, ùt Conditio, Dies, Modus, vel impropriè talia, quæ ſtante valore poſſunt omitti, faciunt tamen contractum illicitum, ùt Denunciationes in Eccleſia ante matrimonium (a) Huc faciunt ea, quæ latiùs habet *Luaov. in Theſ. Jur. de contr. empt. num. 122.*

K Quid

a) Ex his colliges, quòd SUBSTANTIALIA debeant, NATURALIA ſoleant, ACCIDENTALIA poſſint adeſſe: *Subſtantialia* non poſſunt mutari ſine ſubjecti corruptione aut transmutatione: *Naturalia* præſumuntur adeſſe, donec probetur contrarium: *Accidentalia* debent adfuiſſe, probari.

39 Quid & quotuplex ſit conditio, docuimus ſuperiùs *l. 2. tit. 14. num. 5. & ſeqq.* quò, ne antiquam crambem repetere cogamur, Lectorem remittimus, tantùm quinam in contractibus earum ſit effectus, paucis adnotantes. Conditio caſualis (idem dicendum de mixta) dum pendet, ſuſpendit interim negotium, cui eſt appoſita, ita, ut dies neque cedat, neque veniat. *Cedere autem diem* (eſt doctrina Ulpiani in *l. 213. ff. de V.S.*) *ſignificat incipere deberi pecuriam* (id eſt, ùt loquuntur, deberi in actu primo) *venire diem, ſignificat eum diem veniſſe, quô pecunia peti poſſit* (id eſt deberi in actu ſecundo) *ubi purè quis ſtipulatus fuerit, & ceſſit, & venit dies: ubi in diem, ceſſit dies, ſed nondum venit, ubi ſub conditione neque ceſſit, neque venit dies pendente adhuc conditione.* Pendente itaque conditione nulla oritur obligatio ad implendum negotium, ſed tantùm ad exſpectandum conditionis eventum, *Stryck. in Theſ. Jur. de pact. n. 114.* Hinc eſt, quòd, creditore pendente conditione mortuo, ſpes ad hæredes tranſeat, *§. 4. de V.O.* (a) Neque officit, quòd legatario pendente conditione decedente, nihil ad ejus hæredes tranſmittatur, *l. 4. & 5. §. 2. ff. quand. dies leg.* nam in legato nullum factum Legatarii intercedit, quo mediante ſibi, & hæredibus jus aliquod acquiſiverit, cùm in Legato non requiratur acceptatio, ſicut in actibus inter vivos: Legans autem præſumitur magis dilexiſſe legatarium, quàm illius hæredes; contrahens verò acceptando promiſſionem alterius ſibi, & hæredibus proſpexiſſe credendus eſt, jungat. *l. ult. ff. com. præd.* *Nec enim* (inquit Paulus) *ſicut viventium, ita & defunctorum exitus ſuſpendi receptum eſt.* Senſum horum verborum exponit *Hub. ad Inſt. de V.O. num. 4.* Hæc tamen intelligenda ſunt de conditione caſuali, de qua hìc nobis ſermo; poteſtativa enim, præſertim ſi conſiſtat in facto ſimplici, debet ab ipſo creditore impleri, ſecùs nihil ad hæredes tranſmittit, *l. 13. C. de contr. ſtipul. l. fin. ff. de condit. inſt.* in ejuſmodi namque conditionibus plerumque electa eſt perſonæ induſtria, quæ pro diverſitate hominum variat, uti diſſerit Ulpianus in *l. 31. ff. de ſolut. vid. Gletle. d. tr. c. 6. num. 29.* Egregiè

(a) Sequitur ulteriùs, quòd creditor conditionatus jam numeretur inter creditores *l. 10. & 54. ff. de O. & A.* Et ideo in re oppignorata poſteriori creditori purè, ſeu abſolutè tali præferatur, ſi poſtea conditio priori adjecta impleatur *l. 11. §. 1. ff. qui pot. in pignor.* niſi fortè conditio obligationi, cui pignus accedit, adjecta dependeat à voluntate debitoris: hìc enim, quoniam nulla naſcitur obligatio, neque ad expectandum eventum conditionis *arg. l. 49 §. pen. ff. de V.O.* creditor conditionatus, quantumvis prior, non poteſt præferri. *L. 9. §. 1 ff. qui pot. in pignor.* Ratio rationis eſt, quia ſi obligatio dependeat à voluntate debitoris, poteſt ab illa recedere, & alteri pignus reſtituere, non item ſi ſit conditio ab ejus voluntate independens, cùm hìc debeat ſaltem expectare eventum conditionis.

giè in hanc rem *Voët. ff. de V.O. num. 19. circa med. quô vid.* Conditione autem (cape rurſus de caſuali non poteſtativa, *l. 11. §. 1. ff. qui pot. in pign.*) adimpletâ, negotium retrò fit purum, ac ſi nunquam conditio fuiſſet adjecta, *l. 7. ff. de contr. empt. vend.* Ea verò deficiente vitiatur, ſeu potiùs evaneſcit contractus, habetúrque, ac ſi nunquam fuiſſet initus, *l. 31. ff. de condit. & demonſt.* quia fit impoſſibilis, conditiones autem impoſſibiles, ex mox dicendis vitiant actus inter vivos. Conditio poteſtativa pendens, vel deficiens idem operatur, quod caſualis. Limita, ſi impeditur facto debitoris, ſeu cujus intereſt non impleri, aut etiam tertii, cui allegata eſt, v.g. *Dabo tibi centum, ſi Cajam duxeris*, Caja autem nolit, hic enim habetur pro impleta, dummodò creditor paratus fuerit ad illam implendam, *vid. d. l. 31. & l. 81. §. 1. ff. de condit. & dem.* Ita *Illuſtr. D. Coll. de Herz d. l. num. 73.* nec non à nobis dicta *loc. ſup. cit.* Ubi tamen ulteriùs advertendum, faciliùs conditionem haberi pro impleta, ſi penes eum, qui implere debuit, non ſtetit, quando agitur, ne ipſe teneatur, quòd non impleverit, quàm quando agitur, ut ipſe petere poſſit, prout videre eſt apud *laudat. Cocc. d. l. quæſt. 38.* Impleta verô (debet autem regulariter impleri ſpecificè, non per æquipollens, *l. 44. pr. & §§. ſeqq. l. 55. ff. de condit. & demonſt. vid. Illuſtr. D. Coll. de Herz d. l. n. 77.*) effectum ſortitur à tempore implementi, *l. 9. §. 1. d. l. 11. §. 1. ff. qui pot. in pign.* Circa hanc tamen advertendum, quòd quandoque conferatur, vel in poteſtatem ſeu arbitrium debitoris, vel creditoris, vel tertii; ſi *primùm*, & quidem, ſi directè ſit collata in arbitrium debitoris v.g. *dabo, ſi voluero*, promiſſio non valet, *l. 17. & 46. §. fin. ff. de V.O.* Aliter, ſi dicat, *cùm, vel quando voluero. d. l. 46. §. pen.* quia in hoc caſu non obligatio ipſa, ſed temporis determinatio, ac præſtatio, ſeu ſolutio in arbitrium debitoris collata videtur, ut ſenſus ſit: *Promitto tibi centum, quæ, cùm voluero, præſtabo.* Jam, licèt hæc obligatio ſit valdè incerta, ac vaga, ſi debitor moroſus nunquam efficaciter vellet (nec enim cogi poteſt) ejúſque morte (ſuppoſito, quòd donationi ſit adjecta ejuſmodi ſtipulatio) tota obligatio evaneſcat, *d. l. 46. §. pen.* moriendo quippe velle deſiit, *l. 4. ff. locati.* adeóque parùm à priori in effectu differre videatur, latet nihilominùs adhuc diſparitas, quòd ex priori promiſſione: *ſi voluero*, nulla naſcatur obligatio, neque in actu primo, benè verò in poſteriori, ita, ut poſſit deduci in conſtitutum, vel renovata, quomodocunque ad hæredes tranſmitti: *arg.* eorum, quæ habet *Hub. de inut. ſtipulat. num. 11. & Voët. ff. de V.O. num. 2.* Dixi ſuprà: *ſi directè*, nam, ſi tantùm indirectè dependeat ab arbitrio debitoris, v.g. *dabo centum, ſi Capitolium aſcendero*, vel tantùm ab ejus judicio intellectuali, e.g. *dabo tibi*

Digitized by Google

centum, ſi hec tibi conducere exiſtimavero, promiſſio haud dubiè ſubſiſtit, *l. 7. ff. de contr. empt. l. 3. C. de dot. prom.* debet enim arbitrari, ùt bonus vir, *arg. l. 30. ff. de oper. libert.* quòdſi arbitrari non velit, recurritur ad boni viri arbitrium, *d. l. 3. C. de dot. promiſſ. D.D. Glettle. d. l. c. 6. n. 16.* Si ſecundum, vel tertium, id eſt, ſi ſit collata in arbitrium creditoris, vel tertii, determinatæ tamen perſonæ, valet, ita tamen, ut ſuſpendatur, usquedum ſuccedat arbitrium, cui, niſi ſit evidenter iniquum, ſtandum eſt, *arg. l. 76. in fin. & 77. ff. pro ſoc.* quòdſi tertius arbitrari nolit, vel non poſſit, morte fortè præventus, promiſſio tanquam conditione deficiente, evaneſcit, ita, ut illius arbitrium ſuppleri non poſſit: *§. 1. de empt. vend. l. fin. C. eod.* Subſiſtunt, inquies, legata, eſto tertius arbitrari nolit, *l. 1. §. 1. ff. de leg. 2. l. 3. §. 1. C. com. de leg.* Diſcrimen eruitur ex majori favore actuum ultimarum voluntatum, quos ſervari, cùm non ampliùs redire poſſint, publicè intereſt, *l. 12. ff. de R. J.* in actibus inter vivos poſſunt partes, evaneſcente priori contractu, alterius arbitrium ipſæmet per novam conventionem eligere, non item defunctus. Quid, ſi ipſe creditor, in cujus arbitrium conditio eſt collata, antequam arbitretur, decedat? Obligatio extinguitur; ſibi enim imputet creditor, quòd non ſtatim arbitratus fuerit. Accedit, quòd conditio poteſtativa ab ipſa perſona denominata debeat impleri, *arg. l. 44. pr. & §§. ſeqq. ff. de cond. & demonſtr.* Aliud eſt dicendum de conditione illa: *cùm petiero*, cùm hæc formula non tam conditionem, quàm admonitionem, ne interim videatur committi mora, importet, *l. 48. ff. de V.O. vid. Voët. ibid. n. 19.* Dixi rurſus ſuprà: *perſonæ tamen determinatæ*; promiſſio enim arbitrio perſonæ indeterminatæ commiſſa nullius eſt roboris ob nimiam incertitudinem. *d. l. fin. C. de empt. vend. §. 2. Inſt. d. t.* Quid ſi conditio ſit negativè adjecta v.g. *tibi dabo 100. ſi navis ex Aſia non venerit*? Si ſit indeterminatè adjecta, adeòque neque reſtricta ad certum tempus, vel perſonam certam, vitiat negotium, quia hæc conditio nunquam haberi poteſt pro impleta; nunquam enim verum erit dicere, navis non veniet, dum ſemper venire poteſt, ſi autem ſit reſtricta ad certum tempus v. g. *ſi navis intra annum non venerit*, vel ad certam perſonam pone: *Si Titius Conſul factus non fuerit*, contractus ſubſiſtit, quia in utroque caſu haberi poteſt certitudo conditionis vel impletæ, vel deficientis, & quidem in primo, ſi annus ſit elapſus, in ſecundo, ſi Titius, antequam Conſul fieret, deceſſerit. (a) Reliqua de conditionibus huc applicanda, vide ſis *cit. l. 2. tit.*

(a) Quid ſi conditio negativa ſit alligata perſonæ contrahentium, v.g. Dabiſne mihi centum, ſi Capitolium non aſcendero? Vel: Dabiſne mihi centum, ſi Capitolium non aſcen-

tit. 14. num. 5. & ſeqq. ubi *num. 10. in fin.* colliges, conditiones impoſſibiles vitiare contractus; *§. 10. de inut. ſtipul.* ſibi enim imputet contrahens, quòd talem conditionem admiſerit.

Dies contractibus adjectus, vel eſt *Certus*, vel *Incertus*, & Incertus 40
rurſus, vel ſimpliciter talis, ùt, ſi non ſciatur, *an*, & *quando* ſit extiturus, v.g. *quando Titius Conſul factus fuerit*, vel tantùm ſecundùm quid, ùt ſi tantùm ſit incertus *an?* non item *quando* v. g. *quando Titius majorennis evaſerit*, vel viciſſim, ſi incertus ſit, *quando*, non item, *An*, v.g. *quando Cajus morietur.* Dies incertus, *An*, & *quando*, vel *An tantùm* (Incertus enim, *quando* tantùm eſt idem, ac dies certus) æquivalet conditioni, *l. 16. ff. de cond. indeb.* Hanc ſubtilitatem tamen, qua concipitur dies incertus, *An*, ſed certus, *quando* miram vocat *Titius in Theſ. Jur. ff. de pact. n. 130.* ſi enim, ait, ſcis, quando ſit venturus, hoc ipſo etiam ſcis, quòd ſit venturus. Et, ſi ignoras, *An* ſit venturus, fatuè quæris, *quando ſit venturus:* cùm hæc quæſtio, ùt ex Auctore deducimus, ſit fruſtranea. Dies certus, de quo nimirùm conſtat, *An*, & *quando* ſit extiturus, vel eſt adjectus *ſolutionis differendæ* gratiâ, ſeu, ùt alii dicunt, tanquam terminus *à quo*, v. g. poſt annum ſolvam centum, quod deberi dicitur *EX DIE?* vel *IN DIEM*, id eſt, *finiendæ obligationis cauſâ*, ſeu, ùt alii aſſerunt, tanquam terminus *ad quem*, v.g. *quouſque vixero, centum dabo?* Priori caſu dies ſtatim cedit à promiſſione facta, per quod differt à conditione, non tamen venit, niſi annô finitô, *§. 2. de V.O. l. 213. ff. de V.S.* Ratio dari poteſt, quia, cùm dies certus non poſſit deficere, non obligationis, ſed ſolutionis differendæ causâ adjicitur, *l. 46. pr. ff. de V. O.* Limita in obligationibus annuis, vel menſtruis &c. ibi enim ab initio peti poteſt, juxta illud:

Annua, ſi debes, tunc inſpicies caput anni,
Anno, ſi debes, in fine teneberis anni.

vid. l. 12. ff. quand. dies legat. Hopp. ad §. 3. de V. O. (a) Ratio in eo ponitur, quia, quæ annuatim promittuntur, præſeferre ſolent ſpeciem alimentorum, quibus tempore finito non ampliùs, ſed ab initio indige-

aſcenderis? In utroque caſu certificatur ad tempus mortis; hinc in priori caſu poterunt hæredes creditoris petere *§ 4. Inſt. de V O.* in poſteriori obſtringuntur ad ſervandum promiſſum hæredes debitoris *l. 115. §. 1. ff. d. t.*

(a) Obloquitur Bachov. *de V. O §. 3. n. 1.* negans legata annua deberi initio anni; ſiquidem, inquit in *cit. l 12. §. 1. ff. quand. dies leg ced.* tantùm dicitur, quod dies legatorum initio anni *cedat*, non autem, quòd veniat. Sit igitur textus clarior *in l. 1. C. d. t.* ibi: *Si competenti Judici annua legata, vel fideicommiſſa tibi relicta probaveris AB INITIO CUJUSCUNQUE ANNI EXIGENDI* ea habebis facultatem.

mus. Ratio ulterior eſſe poteſt, quia annorum adjectio non differendi, ſed multiplicandi causâ facta intelligitur, &, ut appareat, ſummam non ſemel tantùm, ſed ſingulis annis deberi, *Vinn. ad §. 3. de V. O. num. 2.* Exiſtimabis, ùt imaginor, inter diem etiam certum, & conditionem parùm in effectu intereſſe, cùm etiam, ſi debeatur, ſub conditione unus ſit debitor, & alter creditor, *arg. l. 10. & 54 ff. de O. & A.* nec non *l. 11. §. 1. qui pot. in pignor.* Verùm falleris! Nam, ſi debitor pendente conditione ſolverit, poteſt ſolutum repetere, non item, quod debetur ex die, *l. 10. & 16. ff. de cond. ind. l. 13. §. 2. l. 19. ff. de conſt. pec. Thomaſ. ad Hub. h. num. 3.* Ratio rationis eſt, quia in debito conditionali tantùm adeſt obligatio ad exſpectandum eventum conditionis, nullatenùs ad ipſum debitum in pactum deductum: econtra in obligatione ex die ſtatim adeſt obligatio, ſaltem in actu primo ad ipſum debitum, cùm dies certò ſit venturus, non item conditio, de cujus eventu non conſtat. Aliter dicendum foret, ſi præſtatio unius debiti facilioris ſolutionis gratiâ in plures annos eſſet diſtributa, ubi in fine cujuslibet anni pars pro rata ſolvitur. *vid. l. 20. quand. dies leg.* (a) Quandoque dies tacitè ineſt, ùt, ſi promittatur certo loco, v. g. *Romæ tibi centum dabo*, quo caſu tantum temporis ſpatium ſubintelligitur, quo promittens poteſt commodè ad illum locum pervenire, *§. 5. de V. O. l. 2. §. 6. ff. de eo, quod cert. loc.* & diſertè Venulejus *in l. 137. §. 2. ff. de V. O.* Limita, ſi Procurator, qui ſolvat, & cui ſolvatur, jam antecedenter in loco ſolutionis faciendæ conſtitutus ſit juxta ſpeciem facti in *l. ult. §. 4. de V. O.* propoſitam, vid. notabilis textus in *l. 73. pr. & §. 1. ff. d. t. Vinn. ad §. 2. Inſt. eod. num. 5.* Hactenus de obligatione EX DIE. Quodſi dies ſit appoſitus finiendæ obligationis causâ, ſeu AD DIEM obligatio de ſe quidem eſt perpetua, quia ad tempus, quod non eſt modus tollendi obligationem, obligatio contrahi non poteſt; eſt tamen per exceptionem elidibilis, *vid. §. 3. de V. O.* nam intentionem contrahentium fuiſſe, ne tranſeat ad hæredes, palam eſt, ait Julianus in *l. 56. §. 4. de V. O.* Reſtringe tamen hanc regulam ad eos contractus, in quibus aliquid juris perfecti ab altero in alterum transfertur. Nihil enim certiùs, vel frequentiùs, quàm Commodatum, Depoſitum, Pignus, Locationem ad tempus contrahi, eóque finito ipſo jure (nil enim in his de quadam exceptione, qua mediante obligatio primùm tollatur, in jure invenies) obligationem extingui. Datæ priùs regulæ opponi poſſet, quòd legatum annuum morte Legatarii ipſo jure finiatur, *l. 16. §. 1. ff. de V. O.* ergo & annua ſtipulatio. At ratio differentiæ in eo conſiſtere videtur, quòd legatum quoad ſuam ſubſtantiam,

(a) Jungat. notabilis textus in *d. l. 12. §. 4. ff. quand. dies legat. ced.*

tiam, ſeu valorem à ſola voluntate legantis, quæ fuit, tantùm proſpicere indigentiæ Legatarii, dependeat, conſequenter eo mortuo etiam extinguatur legatum; ſtipulatio econtrà pendet etiam, ſuámque ſubſtantiam capit ab acceptatione, atque conſenſu ſtipulantis, ſeu creditoris, qui præſumitur voluiſſe in perpetuum ſibi, & hæredibus proſpicere. *Hub. ad Inſt. de V. O. num. 3.* differentiam in eo intercedere exiſtimat, quòd teſtator legatum annuum in vices alimenti deſtinare credatur; verùm, cùm etiam ſtipulatio locò alimentorum fieri ſoleat, vix hæc diſparitas ſubſiſtet.

Modus eſt gravamen per modum cauſæ finalis negotio adjectum, 41 vi cujus alter viciſſim tenetur aliquid præſtare, vel omittere: efferri ſolet per particulam *ut*, v. g. *do tibi centum, ut eas in Galliam.* Differt à conditione, quæ exprimitur per particulam *Si*, quòd modus actum non ſuſpendat, ſed purum relinquat, ut ſtatim oriatur obligatio ad viciſſim ſtandum promiſſis, conſequenter, ſi accipiens obligationi ſuæ non ſatisfaciat, contractus non dicitur evaneſcere, uti in conditione, ſed reſolvi, ita, ut danti competat, vel condictio cauſâ datâ, cauſâ non ſecutâ ad repetendum id, quod dedit, vel utilis rei vindicatio, *l. 1. C. de don. quæ ſub mod.* Quid, ſi modus ſit impoſſibilis? Si ſit contra ſubſtantiam, negotium vitiat, *l. 14. §. 1. ff. de uſ. & habit.* ſecùs vitiatur, nec poteſt datum repeti, *l. 8. C. de condict. ob cauſ. dat.* cenſetur enim dans, ſi ſciat, cauſam eſſe impoſſibilem, donâſſe. Contractibus etiam, quandoque adjicitur *Cauſa*, vel *Demonſtratio.* Cauſa, quæ effertur per particulam *Quia*, eſt motivum, quo quis ducitur, vel impellitur ad paciſcendum, ſeu contrahendum, hæc, ſi fuerit finalis (quod in dubio non præſumitur, ſed ab afferente probari debet, *arg. l. 72. §. 6. ff. de C. & D. l. 25. C. de jur. dot.*) eáque falſa, vitiat negotium, non item, ſi impulſiva, *d. l. 25. & ibi Brunn.* nec non *§. 31. Inſt. de leg.* jungatur notabilis textus in *l. 2. §. fin. l. 3. ff. de donat.* Demonſtratio eſt appoſitio ſigni, quo perſona, vel res, cum qua, vel de qua negotium concipitur, per particulam relativam *Qui, quæ, quod,* deſignatur v. g. Titio, qui juris Doctor eſt, centum dono. Hæc pariter, etſi falſa ſit, pone, Titium eſſe Doctorem Theologiæ, dummodò aliàs de perſona, vel re aſſignata conſtet, non vitiat. *l. 17. & 33. ff. de C. & D.*

§. III.

§. III.

De Effectu & Contrariis Contractuum.

42 EFfectus Contractuum, alius eſt Proximus, alius Remotus. *Remotus* eſt actio civilis, perſonalis, rei perſecutoria, perpetua, ad- & in hæredes tranſitoria, ùt ſuô locô videbimus. *Proximus* eſt obligatio ad præſtandum, vel omittendum id, de quo conventum fuit, ita quidem, ut, ſi nulla conditio, aut dies fuerit adjectus, illicò debeatur, quod promiſſum eſt, *§. 2. de V. O. l. 41. §. 1. ff. eod. In omnibus obligationibus* enim, *in quibus dies non ponitur* (ſeu, ùt loqui amant, indefinitè contractis) *præſenti die debetur*, ſunt verba Pomponii in *l. 14. ff. de R. J.* quod nihilominùs ex effato Pauli in *l. 105. ff. de ſolut. cum aliquo temperamento temporis intelligendum eſt, nec enim cum ſacco* (creditor debitorem) *adire debet*, ſed modicum temporis relaxamentum, arbitrio Judicis determinandum, debitori eſt relinquendum, *l. 13. ff. d. t.* Hujus obligationis pediſſequa, ſeu conſectanea, vel, ſi mavis dicere, concomitans, eſt obligatio ad præſtandum dolum, culpam, vel caſum. Non autem imagineris velim, præſtare dolum, culpam, vel caſum eſſe dolum, vel culpam committere, ſed idem eſſe, ac damnum dolô, culpâ, vel caſu datum reſarcire.

43 Eſt autem dolus *Malus* (Bonus enim, de quo *l. 1. §. 3. ff. de dol.* quò etiam ſpectat ſuo ſenſu, *l. 16. §. pen. ff. de min.* utpote laudabilis ſolertia ad ſe, vel ſua defendendum, ſeu ad alterius dolum repellendum adhibita, cujus nomine veniunt ſtratagemata, licitæ Advocatorum cautelæ, non huc ſpectat) callida machinatio, ſeu fallacia ad alterum circumveniendum, fallendum, aut decipiendum adhibita, *l. 1. §. 3. ff. de dol. mal.* Dicitur notanter: *callida machinatio*, non enim hic nobis ſermo eſt de dolo aperto, & rudi, qui obtinet in delictis, ſed occulto, aſtuto, ſeu callido, quando nimirum aliud agitur, aliud, animô alterum lædendi, ſimulatur, qui locum habet in negotiis civilibus. Fortaſſis faſtidium pariet Synonymica hæc definitio non cogitanti, calliditatem ad circumveniendum in *dicendo*, fallaciam in *tacendo*, & machinationem in *faciendo* committi, ùt explicat *laud. Cocc. d. l. diſſ. 22. ſect. 2. num. 15.* jungantur, quæ habet *Hub. ff. de dol. mal. num. 2.* Et in hoc ſenſu

Alius eſt verus, alius præſumptus. *Verus* eſt, dum ex circumſtantiis deſumitur adfuiſſe verus animus decipiendi, ac lædendi. *Præſumptus*, quando non ita evidenter de ejusmodi animo conſtat, ſed tantùm, vel ab homine, vel à lege præſumitur, interveniſſe ſtudioſam calli-

di-

ditatem: talis dolus præſumitur in eo, qui culpam latam committit, *l. 226. ff. de V. S. l. 1. §. 5. ff. de O. & A.* qui imperio Magiſtratûs non paruit, *l. 199. ff. de R. J.* in tutore, qui inventarium non fecit, *l. 7. ff. de adminiſt. & per. tut.* plura exempla vid. apud *Pren. ac Clariſſ. D. Coll. Schlosgangl de Edlenbach. in præſtantiſſ. Tr. de dol. culp. & caſu, p. 1. c. 1. num. 7.* Dicet aliquis: quo juris effectu hæc diviſio adſtruitur, cùm dolus (niſi actus de ſe ſit illicitus) non præſumatur, ſed probari debeat, *l. 6. ff. de prob. l. 7. §. fin. ff. de dol. mal.* neque actio doli ex alio, quàm dolo formali, ſeu vero competat? Vera hæc ſunt, ſi debito adaptentur loco: hic non agimus de actione doli, ſed de damno dolô dato in negotiis civilibus reparando per actionem ex contractu, ubi dolus verus & præſumptus æqualiter conſiderantur, *arg. d. l. 226. ff. de V. S.*

Culpa eſt *omiſſio diligentiæ debitæ*; ubi advertis, omnem culpam 44
in omiſſione debitæ diligentiæ conſiſtere, hæc autem omiſſio poteſt contingere vel in *committendo*, ſi quis faciat id, quod alius diligens paterfamilias non faceret, v. g. ſi ignem ferat, ubi ſtramen adeſt: Vel *omittendo*, dum quis omittit, quod alius diligens faceret, ùt, ſi januam apertam relinquat; in utroque enim caſu diligentia debita omittitur, *qui enim* (inquit Paulus in *l. 121. ff. de R. J.*) *non facit, quod facere debet, videtur facere adverſus ea, quia non facit, & qui facit, quod facere non debet, non videtur facere id, quod facere juſſus eſt:* Unde nata eſt vulgaris diviſio in culpam commiſſionis, & omiſſionis, jungatur *Ludov. in Theſ. Jur. ff. commod. num. 80. & ſeqq.* (a) Advertis ulteriùs, culpam non conſiſtere, ùt vult *cit. Cocc. ibid. num. 16.* in propoſito negligendi res alterius, hoc enim dolus eſt, ſed in mera negligentia ſine animo malitioſo commiſſa. Et hæc utraque

Alia eſt Lata, alia Levis, alia Leviſſima, uti enim tres diligentiæ gradus comodè ſtatuuntur, dum alios accuratiſſimè, alios mediocriter, alios parùm diligentes cernimus, ita etiam tres erunt culpæ, ſeu omiſſiones debitæ diligentiæ, conſequenter omiſſio diligentiæ accuratiſſimæ erit culpa LEVISSIMA, ſeu minima: omiſſio diligentiæ mediocris LEVIS, ſeu media, & omiſſio diligentiæ parvæ erit culpa LATA, ſeu magna. Sanè, quamvis etiã culpa

(a) Porrò, eſto in contractibus, ubi agitur præcisè ad reparationem damni regulariter (vid. nihilominus exceptio *in l. 51. pr. ff. de V. O.*) inter utramque culpam non ſubſit differentia; in aliis tamen culpa commiſſionis gravior eſt, minúsque ferenda, ùt doctiſſimè advertit *laud. Clariſſ. & Conſultiſſ. D. Coll. D. de Schlosg. de dol. culp. & caſ. cit. p. 1. c. 2. n. 6.* Nam qui facit, deliberare poteſt priùs, an expediat, cùm poſſit non facere: At verò, qui non facit, fortè neſcit, quòd aliquid ſit faciendum, aut diffiſus peritiæ ſuæ non audet facere, proinde præ illo, qui facit, dignior eſt venia, *l. 2. C. ſi adverſ. delict.* quod etiam uſum habebit in Lege Aquilia.

leviſſima (& ſic de aliis) ſuis rurſus conſtare poſſit gradibus, cùm etiam inter diligentiſſimos patresfamilias alter altero poſſit eſſe diligentior, res alienas fortè theſauri inſtar recondendo, attendendum tamen eſt ad id, quod communiter à diligentiſſimo patrefamilias fieri ſolet, non ad caſus extraordinarios. Addatur *Vinn. quib. mod. re. contr. oblig. ad §. 2. num. 10. in fin.* Interim recepta eſt doctrina, culpæ nomine ſimpliciter poſito, venire regulariter culpam levem, *arg. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 23. ff. de R. J.* De leviſſima in ſpecie reperies unicum textum in *l. 44. ff. ad L. Aquil.* Plerumque effertur nomine *Diligentiæ*, uti denotatur in *l. 47. §. 5. ff. de leg. 1. in l. 13. ff. de pignor. act.* De Lata, & Levi *d. l. 5. §. 2. ff. com. d. l. 226. ff. de V. S. l. 32. ff. depoſ. Conſul. laud. Clariſſ. D. Coll. de Schlosgangl d. l. c. 2. n. 9.* Eſto, quandoque pro exigentia, ſcilicet materiæ ſubſtratæ, culpæ nomine venire poſſit, vel *Lata*, uti in *l. 31. ff. ad L. Aquil.* juncta *l. 7. ff. ad L. Corn. de ſic.* vel *Leviſſima*, uti deducitur ex *l. 32. ff. de neg. geſt. l. 16. ff. de condict. furt.* nec non in *l. 4. & 21. C. mand.* & in tantum aſſentimur *Cocc. diſp. 1. de dol. culp. & neglig. præſtat. ſect. 2. propoſ. 12.* Nec enim ignoramus, non eſſe perpetuum, culpæ nomine venire levem, ùt vel ex ſola *d. l. 47. §. 4. & 5. ff. de leg. 1.* ſatis inſtruimur. (a)

Alia eſt culpa Theologica (quæ ſpecies culpæ latæ erit, rariſſimè enim in culpa levi, minùs in leviſſima, quædam advertentia interveniet) alia Juridica. *Illa* dicitur, quando committitur cum aliquali circa periculum futurum advertentia, ſeu influxu voluntatis. *Iſta*, quæ ſine ulla advertentia in periculum emerſurum committitur.

Alia denique eſt culpa in Concreto, alia in Abſtracto. *Hæc* eſt omiſſio diligentiæ in ſe, & ùt hactenùs explicavimus, ſpectatæ. *Prior* eſt culpa reſpectivè, & in ordine ad hunc, vel illum patremfamilias conſiderata. Equidem omiſſio minimæ diligentiæ, quæ abſtractivè, & in ſe culpa lata audit, reſpectu hujus, vel illius patrisfamilias tamen, qui

Of-

(a) Exempla CULPÆ LEVISSIMÆ producuntur ex *l. 45. §. pen. ff. ad L. Aquil. & l. 18. pr. ff. commod.* LEVIS pariter, ſi aliquis non clauſerit feneſtras altiores, quàm ut de plano intrari poſſit, & fures, admotis ſcalis, ingreſſi fuerint. Item de orto incendio in *l. 11. ff. de per. & commod. rei vend.* De imperitia in *l. 8. ff. ad L. Aquil.* jungat. *l. 10. & 33. pr. ff. de admin. & per. tut.* Afferuntur & alia exempla ex *l. 13. §. 2. ff. Locat. l. 30. §. f. ff. ad L. Aquil. l. 31. §. 11. ff. de ædil. edict. l. 25. §. 3. ff. loc. l. 52. §. 4. ff. pro ſocio.* Nec non LATÆ occurrunt paſſim, & præſertim in *l. 11. §. 3. ff. de Inſtit. act.* juncta *l. 9. C. de ll. & l. 2. §. 43. ff. de O. J.* Item in *l. 132. ff. de R. J.* juncta *l. 2. ff. quod quisq. juris. l. fin. ff. de extraordin. cognit. l. 6. §. 7. de off. præſ. l. 7. §. fin. l. 8. ff. ad L. Aquil.* Plura alia exempla videri poſſunt tum in *l. 29. pr. ff. mandat. l. 30. §. 3. ff. ad L. Aquil. l. 7. ff. ad L. Corn. de ſic. l. 16. & 36. ff. de R. J.* tum, & quidem quoad omnes culpæ gradus, apud *prælaud. Obſervandiſſ. D. Coll. de Schlosg. cit. Tr. d. p. 1. c. 4. 5. & 6.*

ordinariè in ſuis rebus minimè diligens eſt, erit culpa levis, ſed in concreto; Item omiſſio diligentiæ exactiſſimæ de ſe, & in abſtracto eſt culpa leviſſima, reſpectu ad hominem tamen regulariter in ſuis rebus accuratiſſimè diligentem, adeóque in concreto, non poterit non eſſe etiam levis, vel, ùt aliqui contendunt, omninò lata; cùm ille, qui in ſuis rebus accuratè diligens eſt, non videatur culpâ carere (quamvis aliàs de leviſſima non teneretur) ſi in rebus alienis neque mediocrem diligentiam impenderet, conſequenter omiſſio diligentiæ exactiſſimæ in ejusmodi patrefamilias erit culpa leviſſima in ſe, & in abſtracto; in concreto verò etiam levis, & ita gradatim culpa levis in abſtracto eſſe poterit, in concreto etiam lata. Ita cum *Illuſtr. D. Coll. de Herz cit. Tr. c. 5. num. 16.* explicabis, & ad æquam praxim reduces effatum Celſi in *l. 32. ff. depoſ. & Pontificis in c. 2. d. t.* Hinc (ita nos percipimus) ſi tibi occurrat caſus, quo depoſitarius aliàs in ſuis rebus accuratiſſimus, neque mediocrem diligentiam (ad accuratiſſimàm enim vix cum æquitate adſtringere poteris) in rebus depoſitis adhibuerit, & ita damnum datum fuerit, eum condemnabis; licèt enim hæc omiſſio in ſe tantùm ſit culpa levis, de qua depoſitarius non tenetur, reſpectivè tamen, & in concreto pro lata, ſeu magna erit judicanda ex ratione ſuperiùs allegata. Latè æquè, ac ſolidè in hanc rem diſcurrit alter *Obſervandiſſ. D. Coll. de Schlosgangl l. cit. c. 3. num. 29. & ſeqq.* (a)

Caſus fortuitus deſcribitur, quòd ſit inopinatus quidam eventus, 45
qui non potuit prævideri, vel prævíſus non potuit evitari. Appellatur etiam vis Divina, *l. 25. §. 6. ff. locat.* vis magna, major, *§. 2. quib. mod. re. contr. obl. l. 13. §. fin. ff. de pignor.* non rarò periculum; licèt periculum latiùs pateat, ac non infrequenter damnum culpoſum, præſertim culpa leviſſima datum, denotet, *arg. l. 40. ff. locat.* ibi: ***qui mercedem accipit pro cuſtodia alicujus rei, PERICULUM cuſtodiæ*** (id eſt, culpam leviſſimam) *præſtat.* Clariùs id deducitur ex *l. 1. §. 35. ff. depoſ.* Fortuitorum autem caſuum infinitus (ùt ait *laud. Colendiſſ. D. Coll. D. de Schlosgangl d. l. c. 8. num. 5.*) ferè eſt numerus, *l. 1. C. de temp. & repar. app.* Variæ ſpecies videri poſſunt in *l. 5. §. 2. & 4. l. 18. pr. ff. commod. l. 23. ff. de R. J. l. 15. §. 2. ff. locat. & apud memorat. Clariſſ. ibid.* His generatim præmiſſis, eſto.

(a) Dividunt præterea in culpam inhæſivam ſeu propriam, & Imputativam; Propria, quæ ab eo, cui imputatur, ſeu qui convenitur, commiſſa eſt: Imputativa, quæ ab alio incurritur, alteri tamen imputatur. Sic vitia poſſeſſionis à Majoribus contracta perdurant *L. 11. C. de A. & A. P.* culpa famulorum imputatur Exercitori, inhabitantium Patrifamilias. Culpa propria fundat delictum *L. Aquil.* non item aliena, ùt ſuo loco videbimus.

46 *Prima Regula:* DOLUS in omni negotio præſtandus eſt, ita, ut neque valeat pactum de non præſtando dolo, *l. 23. ff. de R. J. l. 27. §. 13. ff. de pact.* Circa culpam eſto

Secunda Regula: In iis contractibus, ſeu negotiis, ubi uterque ſentit commodum, v. g. in emptione-venditione præſtanda eſt ab utroque culpa LATA, & LEVIS, ubi autem unus tantùm ſenſit omne commodum, ſive deinde ſit principaliter, ſive minùs principaliter obligatus, (a) ille præſtat culpam LEVISSIMAM, qui nullum, LATAM tantùm: Naturâ quippe æquum eſt, ut, qui ſentit, ſeu percipit ex re aliena (in re enim propria nemo culpam præſtat, *arg. l. 21. C. mand.*) omne commodum, ſit accuratiſſimè diligens, *arg. l. 10. ff. de R. J.* Econtrà, qui nullum commodum percipit, non poteſt regulariter adſtringi ad diligentiam exactiſſimam, hoc ipſo, quòd nullam habeat exinde utilitatem. Hinc Commodatarius præſtat leviſſimam, Commodans latam, econtrà Depoſitarius latam, Deponens leviſſimam, ùt ſuis locis tradetur. Conſul. interim *d. l. 5. §. 2. ff. commod. d. l. 23. ff. de R. J.* Cæterùm eſt

Tertia Regula generalis, quòd CULPA LATA dolo æquiparetur, *l. 226. ff. de V. S.* *Magna*, inquit Paulus, *negligentia culpa eſt, magna culpa dolus eſt.* Id ipſum confirmat cum Nerva Celſus in *l. 32. ff. depoſ.* (b) Excipe cauſas criminales, ſaltem capitales, *arg. l. 7. ff. ad L. Cor. de ſic.* De CASU traditur

Quarta Regula, quòd regulariter à nemine præſtari debeat, *d. l. 23. ff. de R. J. l. 6. C. de pign. act.* Limitatur hæc doctrina (I.) ſi culpa caſum præceſſerit, eique cauſam dederit, *d. l. 5. §. 4. & 7. ff. commod. cap. un. de commod.* vel etiam (II.) ſi mora in re reſtituendr commiſſa ſit, *d. c. un. l. 23. ff. de V. O. vid. tamen l. 14. §. 1. 1. ff. depoſ.* Aut (III.) ſi res tradita fuerit æſtimatâ venditionis gratiâ, id eſt, ea lege, ut poſſit vendi, *d. l. 5. §. 3.* quia accipiens fit Dominus, Res autem perit ſuo Domino. Nec

(a) Sive ſit dans, ſive accipiens, ſive debitor, ſive creditor. Excipitur ab hac regula precarium, ubi, eſto accipiens ſentiat omne commodum, nihilominus tamen non præſtat niſi dolum & culpam latam: *Nec immeritò* (inquit Ulpianus *in l. 8. §. 3. ff. de precar.*) *cùm totum hoc ex liberalitate deſcendat ejus, qui precario conceſſit* (vult dicere, cùm ſemper à liberalitate concedentis, adeòque & re tradita, dependeat; conſequenter pro libitu (ſecus ac in commodato) poſſit revocari, l. 1. §. 2. & *arg. l. 12. ff. eod.* ita ut nunquam tranſeat in neceſſitatem) *ſatis ſit, ſi dolus tantùm præſtetur, culpam tamen dolo proximam* (pergit JC.) *contineri quis meritò dixerit.*

(b) Adeòque in omnibus negotiis indiſtinctè præſtanda; eſto dicatur, *dolum tantùm præſtari. l. 1. §. 5. ff. de O. & A. l. 13. ff. de R. J. l. 1. §. 5. ff. depoſ. l. 8. §. 3. ff. de precar. l. 14. §. 3. ff. de furt.* Quamvis propriè dolus non ſit, cum non raro ſeparatim exprimatur, veluti patet tum ex *citt. ll.* tum ex *l. 1. C. depoſ. l. 20. C. de neg. geſt. l. 7. C. arbitr. tut.*

Nec non (IV.) ſi quis caſum fortuitum expreſsè in ſe receperit, *l.9.§.2. ff. locat. d.l.6. C. de pig. act.* quod tamen, uti probabiliùs nobis videtur, ad caſus fortuitos extraordinarios non foret extendendum, de his enim non cenſentur contrahentes cogitâſſe. Ac demùm (V.) ſi ſit debitor generis, quia, uti genus perire non poteſt, ita nec obligatio ad illud præſtandum ceſſare, *l. 11. C. ſi cert. pet.*

Contraria ſunt modi, quibus contractus vitiantur. Vitiantur autem, ſi interveniat Error, Dolus, aut Metus. ERROR (qui definiri poteſt, quòd ſit *concepta de re opinio veritati contraria,* differtque ab ignorantia, quòd ignorans nullam de objecto, de quo quæritur, notitiam habeat; errans autem habet quidem aliquam notitiam, ſed erroneam, ac falſam) alius eſt Subſtantialis, alius Accidentalis. *Subſtantialis* dicitur, quando verſatur circa prædicata ſubſtantialia rei in contractum deductæ, ſunt autem prædicata ſubſtantialia illa, ad quæ intentio contrahentium vel ex natura rei, vel ex diſpoſitione juris, aut interpretatione Prudentûm primariò cenſetur alligata, ùt eſt *error in corpore,* fortè, quòd pro gemma vitrum emam, *§. 23. de inut. ſtipul.* vel etiam *circa materiam*, ùt, ſi vas æneum pro aureo, plumbum pro argento comparem, *l.9. §. 2. ff. de contr. empt.* Ejusmodi error reddit contractum nullum, *d.l.9. §. 2.* conſenſui enim nihil magis contrarium eſt, quàm error, *l. 116. §. 2. ff. de R.J.* Excipitur ab hac regula Stipulatio (cujus nomine Donatio venit) *l.22. ff. de V.O.* & Pignus, *l.9. §. 2. ff. de pign.act.* quia in his negotiis meliùs eſt habere aliquid, quàm nihil. Error *Accidentalis*, qui verſatur circa prædicata accidentalia, quibus nempè contrahentium intentio primariò non eſt ita alligata: De hoc idem dicitur, quod de dolo accidentali, ſiquidem, ubi dolus eſt, ex parte decepti neceſſariâ ſequelâ intervenit error, aliàs dici nequiret deceptus. 47

Dolus autem pariformiter, alius eſt ſubſtantialis, alius accidentalis; *Subſtantialis* itidem, qui decipit circa prædicata ſubſtantialia, *Accidentalis* circa accidentalia, ùt, ſi quis inducatur ad emendum vinum novum pro veteri, album pro nigro. *Prior* ex data mox ratione contractum nullum facit, uti error, *arg. l. 116. §. 2. de R.J.* *Poſterior* vel eſt Incidens in contractum, vel Dans cauſam contractui; *Incidens* dicitur, quando quis, eo ſcito, tamen contraxiſſet, adeòque contractui non dedit cauſam, ſed cœpto jam contractu commiſſus fuit. *Dans cauſam*, qui impellit, & inducit ad contrahendum, adeóque contractum præcedit, *l. 7. princ. ff. de dol. mal. l. 2. §. 5. ff. de dol. mal. & met. except.* Pone, quemquam mihi fictis fortè litteris de futuro frumenti defectu ob aliquam ſterilitatem perſuaſiſſe, ut frumentum emerem, aliàs non 48

empturus: eſt dolus dans cauſam contractui. Fac econtrà, empturum me frumentum, dúmque cum Titio circa pretium tractabam, fictas fuiſſe litteras, quibus pretium fuiſſe auctum, ſignificabatur: erit dolus incidens. *Cocc. Jur. contr. ad tit. de dol. mal. quæſt. 1.* Dolus incidens relinquit contractum validum, ita tamen, ut decepto competat actio ex contractu ad intereſſe, ſcilicet ad conſequendum quantò minoris emiſſet, ſi dolum ſciviſſet, *l. 13. §. 4. & 5. ff. de A. E. V.* Idem dicendum, ſi dolus cauſam dederit contractui Stricti Juris, *§. 1. de except. l. pen. C. de inut. ſtipul.* ſi verò dolus cauſam dederit contractui Bonæ Fidei probabiliùs (ſuppoſitô, quòd ab ipſo contrahente, ſecùs, ſi à tertio ſit commiſſus, *d. l. 7. pr. ff. de dol. mal*) reddit contractum in favorem decepti ipſo jure nullum, *Magnif. P. Schmier lib. 3. tr. 3. c. 1. n. 110.* Probatur hæc ſententia ſolidiſſimè ex *d. l. pr. ff. de dol. mal.* ubi clarè deducitur, dolum à tertio commiſſum relinquere contractum validum: non item commiſſum à contrahente, ibi: *aut nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet* (en dolus dans cauſam) *circumſcriptus eſt.* Textum non minùs apertum reperies in *l. 16. §. 1. ff. de minor.* Item *relatum eſt apud Labeonem* (ita refert Ulpianus) *ſi minor circumſcriptus ſocietatem coierit, vel etiam donationis causâ, nullam eſſe ſocietatem, nec inter majores quidem, & ideò CESSARE PARTES PRÆTORIS, idem & Ofilius reſpondit, ſatis enim IPSO JURE munitus eſt.* Si dicas, textum intelligendum de dolo ſubſtantiali, erroneum effugium quæris, quid enim Ulpiano opus fuiſſet, ut ad probandam hanc ſententiam in re tam clara, ac nullatenùs dubia, allegaret authoritatem tum Labeonis, tum Ofilii? Non abſimile reſponſum extat in *l. 3. §. fin. ff. pro ſoc.* (a)

Dices (I.) Venditio dolo inita, jubetur reſcindi in *l. 5. C. de reſcind. vend.* conſequenter debuit valuiſſe (II.) ex ejusmodi contractu transfertur dominium, *arg. cit. l. 7. ff. de dol. mal. & l. 10. C. de reſ. vend.* adeóque debuit rurſus valuiſſe, quia nudis traditionibus, præſcindendo nimirùm à valore contractûs, dominia non transferuntur, *l. 31. ff. de A. R. D.* Naſcitur (III.) Actio ipſius contractûs. Accedit (IV.) quòd metus contractum reſcindibilem, ex mox dicendis, validum relinquat. (b)

Ve-

(a) Ratio ulterior eſſe poteſt, quia exceptio doli contractibus *b. f.* ipſo jure ineſt *l. 21. ff. ſolut. matr. l. 84. §. 5. ff. de leg. 1,* conſequenter ipſo jure tollit actionem aliàs ex contractu oriundam; ſicut exceptio doli contractibus ſtricti juris oppoſita ex poſt reddit eos inefficaces.

(b) Accedit (V.) quòd maneant ſubſtantialia contractûs, hoc ipſo, quòd ſit dolus tantùm accidentalis. Accedit (VI.) quòd non actio redhibitoria, ſed ex contractu competat. *l. 11. §. 5. l. 13. §. 4. 5. & 27. ff. de A. E. V.* Accedit (VII.) quòd valeant con-

Verùm, neque his multùm efficies: Nam ad *primum* dicimus venditionem reſcindi non formaliter, ita enim fuit nulla, ſed effectivè quatenùs id, quod traditum eſt, repetitur. Ad *ſecundum* transmiſſo intetim antecedente (nec enim apud omnes in confeſſo eſt) negatur conſequens, cùm ad transferendum dominium ſufficiat contractus putativus, ſeu animus transferendi, acceptandi, uti diſces ex ſola *l.36.ff. de A.R.D.* *Ad tertium* ipſimet fatemur in favorem decepti (æquitate ſaltem ſpectata, *vid. Cocc. de dol. mal. quæſt. 1.*) contractum valere, conſequenter actionem naſci, ita, ut ſtet in illius arbitrio, utrum velit inhærere contractui, atque per ejusdem actionem implementum urgere, num verò ab illo recedendo arguere illius nullitatem. Accedit, quòd novum in jure non ſit, ex contractu nullo oriri actionem ad intereſſe, ùt videre eſt in *§. fin. de empt. vend.* qua diſtinctione probè notatâ; facilis erit reſponſio ad reliqua fundamenta contraria, quibus more ſolito abundè ſatisfacit *Clariſſ. D. P. Böckhn olim, & reſpectivè adhucdum Coll. Colendiſſ. in ſelect. Addit. ad titt. 33. 44. & 35. lib. 1. Decret.* Unde *ad quartam* datur diſparitas, quòd metus non tollat conſenſum, cùm etiam coacta voluntas ſit voluntas, *l. 21. §. pen. ff. quod met. cauſ.* neque metum paſſus circa objectum conſenſûs decipiatur, uti in dolo, ſed in objectum præſens ferè conſentiat, quamvis coactè; dolô verò inductus, cùm in objecti qualitate decipiatur, nullatenùs conſentit. Conſul. *Vinn. in Theſ. Jur. de dol. mal. n. 7.*

Scire diſtinctiùs cupis, quænam in quolibet contractu, ac dolo 49
competat actio ad indemnitatem, ſeu intereſſe conſequendum? Eſto diſtincta reſponſio: ſi dolus ſit commiſſus in contractu ſtricti juris, datur actio doli, quia actio ex ipſo contractu, utpote ſtricti juris ob ſuam puritatem, atque rigorem non admittit, ut habeatur ratio commiſſi doli, de quo à contrahentibus nihil fuit memoratum; reſtricta quippe eſt ad terminos conventionis. Idem dicendum de dolo commiſſo à tertio, ſive ſit contractus ſtricti juris, ſive bonæ fidei, quia contra tertium non contrahentem actione ex contractu experiri nequimus, *arg. d. l. 7. pr. ff. de dol. mal. num. 5.* Si dolus ſit commiſſus in contractu bonæ fidei, ſive ſit

contractus ſtricti juris. Sed neque ad iſta deeſt reſponſio. *Quinta* ad ſummum probat, valere ex ſe; ſed non ex diſpoſitione juris, cujus interpretatione conſenſus planè deficit, hoc ipſo, quòd, ſi ſciviſſet, non contraxiſſet, per quod contractus b. f. à contractibus ſtricti juris differunt; in his quippe tantùm ad ea, quæ voce proferuntur *l. 99. pr. l. 126. §. 2. ff. de V. O.* & non ad mentem contrahentium attenditur: In illis ſubintelligitur: *ſi cauſa non fuerit falſa. arg. l. 7. ff. de negot. geſt. l. 24. ff. depoſ.* *Sexta* recipit ſolutionem ex *reſponſ. ad 3.* *Septima* ex eo claudicat, quia in contractu ſtricti juris non attenduntur ea, quæ ab extrinſeco veniunt, ſed præciſè, quæ ore prolata ſunt.

ſit incidens, ſive dans cauſam (hic diſſentit *D. Gletle d. Tr. c. ult. §. 2. num. 13.*) agitur actione ex ipſo contractu, *l. 11. §. 5. ff. l. 13. §. 4. 5. & 27. ff. de A. E. V. l. 7. §. 3. l. 9. pr. ff. de dol. mal. Voët. ibid. num. 3. in fin. & num. 4.* Videtur quidem his textibus, & hinc ſibi ipſi obſtare Ulpianus in *l. 37. ff. d. t. quod venditor*, inquit, *ut commendet, dicit, ſic habendum, quaſi neque dictum, neque promiſſum eſt, ſi verò decipiendi emptoris causâ dictum eſt, æquè ſic habendum, ut non naſcatur adversùs dictum, promiſſúmque actio, ſed de DOLO ACTIO:* Verùm mens JCti non eſt, negare actionem ex contractu, ſed vult dicere quòd, ſi decipiendi animo commendet; non detur actio ædilitia redhibitoria, vel quanto minoris, quæ aliàs ex dicto, vel promiſſo competunt, *l. 18. & 19. §. 1. 2. 3. & 4. ff. de ædil. Edict.* ſed de dolo actio, id eſt, ratione *doli commiſſi* agitur actione ex empto, *arg. d. l. 7. §. 3. cit. Voët. d. num. 4.* Si hæc violentia diſpliceat, textum ita cape: quod commendandi, non præſtandi cauſà fit, contractûs naturam non ingreditur, hinc ceſſabit ſemper actio ex contractu *arg. d. l. 19. pr.* Dabitur tamen actio doli, ſi decipiendi causâ commendavit. Regeres fortè: Hoc modo ferè nunquam obtinebit, ratione doli commiſſi, actio ex contractu. Non eſt ita! Sæpiſſimè enim rerum qualitates non commendandi, ſed præſtandi gratiâ apponuntur, & his caſibus locum habebit actio ex contractu, uti clarè innuunt *citt. tt.*

50 Metus *eſt inſtantis, vel futuri periculi causâ mentis trepidatio, l. 1. ff. quod met. cauſ.* Neque patimur, ſi expungere velis *futuri*, cùm juxta Ulpianum in *l. 9. ff. d. t.* debeat eſſe præſens: Nam poteſt etiam metus eſſe præſens ob periculum futurum, quod prudenter timetur. (a) Aliter deſcribe, nobis non invitis, quòd ſit *paſſio animi imminens, ſeu futurum quoddam malum timentis.* Differt per ſe à vi, ſeu violentia (quamvis in rubrica confundantur) quòd vis propriè talis inferatur potentiis externis, conſequenter tollat ſimpliciter voluntarium, eſt enim *vis majoris rei impetus, qui evitari non potuit, l. 2. ff. eod.* Metus autem infertur potentiis intrinſecis, ideóque haud tollit abſolutè, & ſimpliciter voluntarium; dum voluntas in actibus elicitis (secùs in imperatis) cogi ita non poteſt, ſed tantùm minuit libertatem, *arg. l. 21. §. pen. ff. d. t.*

Metus alius *Intrinſecus*, qui nimirum incutitur à cauſa neceſſaria, v. g. naufragiô, incendiô, ruinâ, tempeſtate. Alius *Extrinſecus*, qui infertur à cauſa libera, nempe ab homine, & hic rurſus alius *Juſtus*, qui talis eſt, quando metum paſſus cauſam dedit, & inferens jus habet ad metum illum inferendum, ùt ſi, qui contraxit ſponſalia ſub commi-

na-

(a) Ita tamen, ut non ſufficiat mali ſuſpicio, ut ſi viſis à longè armatis fundum meum deſeram, vid. *l. 5. §. 7.* & ſpecialiter *l. 9. pr. ff. eod.*

Digitized by Google

nation debitarum pœnarum à Judice competente adigatur ad contrahendum matrimonium. Alius *Injuſtus*, quando vel unum, vel utrumque ex his requiſitis deficit: Uterque denuò alius Gravis, alius Levis. *Gravis* (qui quandoque & juſtus dicitur, quatenùs juſtè timetur, & vano opponitur, *Mollemb. in Theſ. Jur. tit. quod met. cauſ. num. 11.*) & quidem vel *Abſolutè talis*, qui poteſt movere conſtantem virum, ùt metus mortis, mutilationis membrorum. Num metus infamiæ huc referendus? Negatur regulariter, tum ob textum expreſſum in *l. 7. ff. quod met. cauſ.* tum, quia vanus eſt, cùm homo privatus nemini infamiam irrogare queat, & contra vexationes paratum ſit Magiſtratûs præſidium; quòd ſi Magiſtratûs ope averti non poſſit, haud dubiè pro metu gravi erit reputandus. Talis fuit metus Lucretiæ illatus: *Tace* (minabatur Sextus Tarquinius Lucretiæ intempeſta nocte ſoli cubanti) *Sextus Tarquinius ſum: ferrum in manu eſt: moriere, ſi emiſeris vocem; cum mortua jugulatum ſervum nudum ponam: in ſervili adulterio necâſſe dicam. Liv. lib. 1. c. 58.* Solidè deſuper diſcurrit *Voët. ff. quod met. cauſ. num. 12.* Vel *reſpectivè Gravis*, qui ſufficiens eſt ad movendam conſtantem fœminam, vel conſtantem puerum: Poteſt enim metus reſpectu viri cordati eſſe levis, gravis verò reſpectu fœminæ, ſeu pueri, cùm utique major à viro, quàm fœmina, ab homine robuſto, quàm puero exigatur conſtantia: Hoc tamen generaliter requiritur, ut prudenter timeri poſſit, ſi videlicet inferatur ab eo, qui poteſt, & ſolet minas executioni dare: Ubi ulteriùs notandum, quòd quandoque inferatur à tertio, quandoque ab ipſo contrahente, & rurſus aliquando directè ad extorquendum contractum, aliquando ex alio fine, ita, ut contractus per accidens eligatur, ut medium ad evitandum metum. His prælibatis pro certo ſupponimus, metum nec intrinſecum, nec juſtum (intellige ex juſta cauſa incuſſum) nec etiam injuſtum, ſed levem contractui nocere: Non Intrinſecus, quia tota ratio, quòd metum paſſo ſuccurratur, eſt, quia illi fit injuria; è cauſa autem neceſſaria injuria provenire haud poteſt, quis enim injuriæ accuſaverit Vulcanum, aut Æolum, quòd ille incendium, iſte tempeſtatem ex-vel concitaverint? Non juſtus, quia rurſus metum paſſo non fit injuria, hoc ipſo, quòd huic metui cauſam dederit, huc facit *l. 21. pr. ff. quod met. cauſ.* Non Injuſtus, ſed levis, cùm Prætor metum tantùm majoris mali Edicto ſuo comprehendat, *l. 5. 6. & 7. ff. quod met. cauſ.* Sequitur itaque metum tantùm injuſtum gravem, quo ſcilicet metum paſſo gravis fit injuria, repugnare contractui.

Verùm hic ſubſiſtis, num ejusmodi metus contractum planè nullum, an verò tantùm irritabilem, ſeu reſcindibilem reddat? Si negotium

M

tium poſt ſui valorem poſſit adhuc reſcindi, interim valet, & tantùm ad inſtantiam, ac in favorem metum paſſi reſcinditur. Utrumque membrum probatur ex *§. 1. de except.* ubi de rigore actio oriri dicitur (quod regulariter indicat valorem contractûs) ſed per exceptionem, qua contractus infirmatur, *l. ult. C. de his, quæ met. cauſ.* elidibilis. Neque deeſt ratio, cùm etiam coacta voluntas, qua contractus conſtituitur, ſit voluntas, *d. l. 21. §. pen. ff. eod.* Quod autem in *l. 21. ff. d. t. l. 1. C. de reſcind. vend.* dicatur contractus nullus, intelligitur non ratione exiſtentiæ, ſed ſubſiſtentiæ, quatenus non irreſcindibiliter ſubſiſtit. Si autem ſit negotium, quod poſt ſui valorem reſcindi ampliùs non poteſt, ùt matrimonium, profeſſio Religioſa, eſt ipſo jure nullum, aliàs enim metum paſſus deberet (en ſumma iniquitas) perpetuò ſtare contractui, cui nunquam liberè conſenſit. Excipiunt ulteriùs (I.) promiſſionem dotis, *l. 21. §. 3. ff. quod met. cauſ.* (II.) promiſſionem ab eo, qui carcere detinetur, extortam, *l. 22. ff. eod.* (III.) abſolutionem à cenſuris, *c. un. d. t. in 6.* (IV.) libertatis donationem, *l. 9. & 17. ff. qui & à quib. manum.* quæ omnia pariter ipſo jure nulla reputantur. Rationem non incongruam ſubminiſtrat *Voët. d. l. num. 15.* quia; ſi ſemel ſummo jure ſubſiſterent, maximus, qui in & pro illis militat, favor facilè impediret eorum reſciſſionem, *arg. l. 24. ff. de dol. mal. & l. 9. §. fin. ff. de min.* unde videbatur conſultiùs ejusmodi actus omninò annullare, *arg. princ. Inſt. quib. ex cauſ. man. non lic.*

Diſceptatur hic graviter, quo jure ejusmodi contractus ſint nulli, an naturali, an tantùm poſitivo: Prius aſſerimus cum *D. D. Gletle cit. Tr. c. ult. §. 1. n. 14.* Quamvis etenim videantur adeſſe ſubſtantialia contractûs, videlicet conſenſus ſimpliciter talis, cùm etiam coacta voluntas ſit voluntas, & metum paſſus, eligendo evitandi periculi gratiâ contractum, conſentiat, attamen æquiùs eſt dicere, in ſimilibus negotiis non ſufficere qualemcunque conſenſum, ſed debere eſſe liberum, conſenſum verò coactum liberum dici non poſſe, per ſe patulum eſt. Nec valet paritas de dolo, qui, ſi fuerit accidentalis, relinquit negotium (de jure naturali ſaltem) validum: Nam dolus occultè committitur, conſequenter non rarò cum gravi ſcandalo, & detrimento boni publici, utpote ſæpiùs poſt multum temporis intervallum, ubi dolus fuit patefactus, deberent contractus reſcindi, ſeu invalidi declarari, qui hactenus fuerunt validi reputati, quæ incommoda ex metu, qui apertè, adeóque nec ita frequenter incutitur, non ſunt metuenda. Deinde nondum pro canone recipimus, valere de jure naturali contractum, dolo dante cauſam contractui, initum, cùm potiùs videatur eſſe ſubſtantialis. Revid. dicta hic *n. 48.*

in

Google

in fin. ubi advertes differentiam inter dolum & metum: quibus addimus, quòd metus, de quo hic ſermo, ſemper ſe habeat æqualiter, nec dividatur in ſubſtantialem, & accidentalem, ſed indiſtinctè ſimpliciter voluntarium relinquat, libertatem tamen minuat; dolus econtra, ſi ſubſtantialis ſit, vel dans cauſam (ſaltem interpretatione juris) etiam conſenſum tollat.

At hic ad rem ſubinferes, debere igitur dolum hoc ipſo facere contractum nullum, quod eſt contra hucusque à nobis dicta. Ad hoc regerimus, non fuiſſe nos locutos de dolo ſubſtantiali, ſed accidentali nimirum tali, qui conſenſum planè non vitiat, ſeu tollit. (a)

Quid, ſi metus à tertio ſit incuſſus? Si ad extorquendum contractum illatus ſit, æquè contractui nocet, uti colligitur ex *l. 14. §. 3. ff. quod met. cauſ.* ibi Ulpianus: *In hac actione* (quod metûs cauſa) *non quæri, utrùm is, qui convenitur, num alius metum fecerit.* Semper enim metum paſſo in ordine ad contrahendum fit injuria. Dixi: *ſi ad extorquendum contractum.* Si enim metûs causâ cum alio, qui de metu non participa-

(a) Contractus igitur irreſcindibiles metu extorti ſunt ipſo jure naturali nulli. Quid verò ſi ſint reſcindibiles! Idem dicendum contendit Puffendorff. *lib. 3. c. 6. § 10.* aitque, metum inferenti ex ejusmodi contractu nullum oriri jus, non quidem, ac ſi ejusmodi actus non ſint ſpontanei (ſeu potius voluntarii) quoniam hoc falſum eſt; ſed quia non ſufficit, quòd in promittente adſint principia obligationis productiva; verùm inſuper opus eſt, ut in altero, quem obligatio reſpicit, id eſt, in creditore adſint principia ad jus quærendum idonea: hæc autem deficiunt, cùm injuria, qua metus incutitur, utpote juri naturali contraria, inhabilitet incutientem ad jus acquirendum. Dicit quidem hoc acutiſſimi aliàs vis ingenii; ſed non probat. Si dicas, probatione hoc non indigere, cùm de ſe planum ſit. Hoc tu dicis, ſed itidem non probas. Hinc qualiscunque ſis, quacunque polleas authoritate, nondum fidem facis iis, quibus ignotum non eſt, etiam injuriâ jus acquiri, & nullatenus acquirentem inhabilitari. Textus optimè nôris in §. *12. de rer. div. & l. 3. §. 1. ff. de A.R.D.* juncta *l 16. ff. de S.P.R.* ubi, qui feram in alieno capit, eſto committat injuriam *l. 13. §. fin. de injur.* nihilominùs feræ captæ ſit dominus. Replicabis quidem, actum, quo dominium acquirit, non eſſe vitioſum, ſeu injurioſum, cùm occupatio rerum NULLIUS ſit ubique licita, eſto ingreſſus in alienum ſit illicitus. Idem & nos dicimus. Actus, quo jus acquiritur, eſt omni jure licitus, nempe actus voluntarius promittentis, & acceptatio alterius, quorum uterque eſt licitus, eſto originem trahat ex metu, ſicut venatio ex illicito ingreſſu. Donec igitur ſolidiorem non dederis diſcrepantiam, tuæ opinioni eò minùs accedere poſſumus, quò minus implicat, eundem actum ſub uno reſpectu eſſe illicitum, ſub alio tamen juris effectum producere, ceu clarè conſtat ex §. *26. de R D. l. 7. §. 1 l. 8. pr. ff. quod met. cauſ. l. 15. C. de R V.* Quòd ſi contendere velis, in his concurrere plures actus, quorum alii illiciti, alii liciti, & tantùm ex poſterioribus oriri jus; id ipſum & nobis licebit optima ratione reponere; Equidem incuſſio metûs eſt haud dubiè illicita; ſed alterius promiſſio voluntaria, & acceptatio metum inferentis de ſe eſt licita, & tantùm propter prævium actum metûs illicitum vitioſa, ſicut occupatio feræ liberæ ob illicitum ingreſſum.

vit, contraxerim, haud dubiè contractus irreſcindibiliter ſubſiſtit. Pone, quamdam Rempublicam hoſtium invaſioni expoſitam, ut ſe liberaret, mutuas à tertio accepiſſe pecunias: hic Reſpublica ſine ulla reſtitutionis contra mutuantem impetrandæ ſpe ad mutuum reſtituendum tenebitur, quia mutuans de metu nihil participavit, aut quomodocunque injuriam intulit.

Quid, ſi ab ipſo contrahente quidem metus illatus ſit, ſed non ad extorquendum contractum, ſed ex alio fine? Contractum irreſcindibiliter valere, contendit ſæpè *laud. Oetle loc. cit. n. 17. P. Reiffenſt. de his, quæ vi met. cauſ. num. 28.* quibus ſe opponit *Magnif. P. Schmier d. Tr. 3. c. 1. num. 371.* Nos hanc difficultatem, quæ non levis eſt, aliis curis reſervare cogimur, ad planiora nempe intenti; (a) hinc

Rogabis, quô igitur remediô metum paſſo proſpectum ſit contractûs valore ſuppoſito? Si res adhuc ſit integra, adeóque negotium metu extortum nondum impletum, metum paſſus à contrahente, ut contractum impleat, conventus, exceptione, quod metûs cauſa ſe ſe tueri poteſt: quòd ſi promiſſio ex parte metum paſſi jam ſit adimpleta, ſeu res tradita, experitur actione quod metûs cauſa, de qua in *lib. 4.* Iis autem caſibus, ubi contractus nullus eſt, ſuccurritur læſo actione veteri, ſeu remedio ordinario, nimirum vel rei vindicatione, vel actione Publiciana, vel condictione quadam pro varietate caſuum emergentium.

TI-

(a) Lubet jam aliqua pro implenda pagina apponere. Rationes negandi afferuntur à *præland. Magnifico loc. cit.* Quod (I.) *in cap. 1. de his, quæ vi met. cauſ. fiunt*, profeſſionem Religioſam tali metu emiſſam, non valere ſupponatur. Idem (II.) deducitur *ex l. 7. §. 1. ff. d. t.* ubi in flagitio deprehenſus reſtituitur contra promiſſionem, quam nemine cogente, ſed tantùm ideo fecit, quia *timuit vel mortem vel vincula.* Militat (III.) Ratio urgens, quòd metum paſſo indiſtinctè infertur injuria. Ratio ſtans pro valore contractûs irreſcindibili non eſt minoris ponderis. Jura quippe reddiderunt contractum metu initum nullum, vel reſcindibilem in favorem metum paſſi; hic autem favor metum paſſi potiùs exigit, ut contractus irreſcindibiliter valeat, aliàs quippe non haberet medium ſe liberandi: ſiquidem ſi metum incutiens ſciret, contractum eſſe inefficacem, à metu inferendo non deſiſteret, ſic metum paſſo non ſuppeteret remedium ſe liberandi. Reponitur quidem hanc rationem nimis eſſe bonam, cùm probaret, etiam metum ad extorquendum contractum non nocere, ut metum paſſus poſſit ſe liberare. Sed non latet diſparitas: ſi metus incuſſus ad extorquendum contractum non vitiaret, valor contractûs incitaret ad metum inferendum, quod de altero metu non verificatur, cùm talem metum incútiens de contractu futuro ſeu extorquendo nihil præviè cogitet, vel cogitaverit. Jam elige, & ſi poſteriorem amplecti placuerit, Minervam invoca ad reſpondendum textibus contrariis ſupra allegatis: nobis deficit pagina.

Digitized by Google

TITULUS XV.

Quibus modis Re contrahitur obligatio.

PRæmiſimus hucusque generalia de pactis, & contractibus: modò ad eorum ſpecies deveniendum. Diximus autem priori *Tit. n. 34. in fin.* contractus alios eſſe *Reales*, alios *Verbales*, alios *Literales*, alios *Conſenſuales*. Præcedunt Reales, quorum (præter contractus innominatos, qui omnes reales ſunt) numerantur quatuor, videlicet Mutuum, Commodatum, Depoſitum, Pignus. Nec deſpondemus nobis à Triboniano veniam, dum contra ejus mentem ſolutionem indebiti, quam ille in *§. 1. h.* collocat, à contractibus Realibus expungimus; ſi enim ſolutionem indebiti ad contractus verè tales, & quidem reales reducere velis, debebis etiam dationem ob cauſam futuram, aut etiam ob turpem cauſam huc referre, cùm etiam in his requiratur traditio, ſeu datio. Si cauſam Triboniani ſuſcipias dicens, eum numeráſſe non tantùm contractus verè tales, ſed omnes modos, quibus *Re* contrahitur obligatio, inter quos certè etiam ſolutio indebiti: Sit, uti poſtulas, etiam ſolutio indebiti; ſed erit pariter datio ob cauſam futuram, tum inhoneſtam, ſeu turpem, erunt etiam contractus innominati, ſaltem illi, qui à datione incipiunt, huc referendi. Commodiùs itaque ſolutionem indebiti reduces ad quaſi contractus, quod & nos faciliùs tuebimur, quàm cauſam dabimus, cur in quibusdam contractibus requiretur traditio, in quibusdam verò ſufficiat ſolus conſenſus, qui nihil plus continere videtur, quàm nudæ pactiones, quæ nullam obligationem actionis productivam habent. Rationem non incongruam ſubminiſtrat, *Hub. de obl. ex conſ.* cui ita dicendum videtur: Jure naturæ & gentium ſufficiebat ſola partium voluntas ſufficienter declarata; Verùm, uti civium, boníque publici utilitas, & tranquilitas non patiebatur, ut ex quavis promiſſione (ob nimiam frequentiam) daretur in foro actio, ita etiam durum videbatur, ſi omnes promiſſiones, quamvis ſeriæ, deliberatæque, omni actionis remedio deſtituerentur, & hoc modo ab initis negotiationibus promiſcuè, & non ſine notabili confuſione reſilire conceſſum foret. Et ideo paulatim invectum fuit, ut illa negotia, ſeu contractus, qui omni die erant in uſu, & quos ſervari Reipublicæ maximè intererat, poſito conſenſu ſervarentur, data ex illis competenti actione. Nec enim in omnibus negotiis licebat de ſeria voluntate animóque ſeſe obligandi dubitare. Quis enim ambigeret, quin maximè conſenſiſſent,

 qui

qui emerant, vendiderántque, locaverant, conduxerant, ſocietatem inierant, aut etiam ob ſummam ejus in Republica utilitatem mandaverant: Econtra in cæteris contractibus beneficis, qui commodo tantùm unius ineuntur, etſi frequentiſſimis, ratio tamen commercii, quæ in promiſcua utilitate conſiſtit, tam prægnans non erat, ut ex ſolo conſenſu obligatio perficeretur, ſed ipſius rei interventus (id eſt, traditio) requirendus, atque exſpectandus videbatur; cujus naturæ ſunt contractus ſuperiùs enumerati, Mutuum, Commodum, Depoſitum, & Pignus, quod ultimum, etiamſi partis utriusque commodum ſpectet per ſe tamen uſu non veniebat, ſed aliis contractibus tantùm accedebat, ideo neceſſaria videbatur traditio. Ita ferè *laud. Author.* Adde, quòd quidam contractus tendant principaliter ad alterum obligandum, & quidem in ordine ad rem, vel *in genere*, ùt in Mutuo, vel *in ſpecie*, ùt in Commodato, Depoſito, & Pignore reſtituendam; hæc obligatio autem non poteſt concipi, niſi res priùs fuerit tradita. (a) De his dicendum ordine.

§. II.

De Mutuo.

1 RE itaque contrahitur obligatio (1.) Datione MUTUI, *princ. Inſt. h.* Eſt autem Mutuum ita dictum, quòd de Meo Tuum fiat, *l. 2. §. 2. ff. de R. C.* *Contractus realis, quo res fungibilis ea lege datur, ut accipientis fiat, iſque eandem in genere (ſeu ſpecie Philoſophica) reſtituat.* Dixi notanter: *ut accipientis fiat.* Inepta itaque eſt opinio Salmaſii, quòd quantitatis, in qua mutuum conſiſtit, non poſſit fieri translatio, cùm hæc intellectu tantùm percipiatur: Nam logicaſter magis, quàm JCtus ſit, oportet, qui putat, muruum conſiſtere in quantitate tantùm abſtractivè (ignoſce terminis propè nimis ſcholaſticis, ſi rem explicant) pro Re: ſcilicet quanta conſiderata. Prædicata habet, quòd ſit Realis, cùm requiratur traditio: Juris Gentium in ſenſu *prior. tit. n. 34.* explicato (elucet cauſa efficiens remota) ſtricti juris, quia præciſè eſt unilateralis.

2 Cauſa efficiens ſunt contrahentes, mutuans, qui mutuum dat, & mutuatarius, qui accipit. Poteſt autem mutuum dare, & accipere, qui alias

(1) Quod verum eſt, quamvis præceſſerit ſtipulatio, qua fortè pecuniam mutuam accepturus ſe ad accipiendum obligavit; *In poteſtate enim habet* (inſit Paulus in *l. 30. ff. de R. C.*) *ne accipiendo ſe ei obſtringat.* Quod tamen limitandum foret, ſi mutuantis intereſſet, quatenus alter promiſit accipere ſub uſuris, & mutuans pecuniam alio collocandam, hac promiſſione ſuffultus, domi retinuerit.

Digitized by Google

aliàs contrahere, & contrahendo obligari, de quibus *citt. tt. §. 2. à n. 36.* Nullum quippe genus hominum à mutuo dando per ſe loquendo excluditur, quia eſt contractus beneficus, & ſocietati humanæ amiciſſimus. Neque eſt, quòd excipiamus Præſides Provinciarum, quibus in *l. 33. ff. d. t.* tantùm vetatur uſuras exercere, ibi: *Cavetur, ne negotientur, mutuámve pecuniam dent, fœnúsve* (ſume conjunctivè) *exerceant*, quæ ipſa prohibitio reſtringitur ad Magiſtratus temporaneos non perpetuos, *l. 34. pr. ff. eod.* Ratio diverſitatis eſt, quia illorum licentia ſubditis tantò erat infeſtior, quantò breviùs ſe defuncturos intelligebant (uti diſſerit *Hub. ff. ad cit. tit. num. 6.*) Adeóque excipiuntur ſolummodò (ſeu potiùs ex natura contractûs inhabilitantur) qui non ſunt domini rei mutuò dandæ, *l. 2. §. 2. & 4. ff. de R. C.* Hinc, ſi non dominus mutuùm dederit, contractus eſt nullus, nulláque oritur obligatio. *d. l. 2. §. 2.* niſi conſenſu domini numi dati ſint, *arg. l. 4. §. 1. ff. d. t.* jungatur textus in *l. 9. §. 8.* (quæ tamen *in fine* debito caret ſenſu in verb. *meus & vid. Cocc. d. t. q. 10.* (a) *ff. eod.* Quandoque tamen mutuum convaleſcit, ſi nimirum pecunia fuerit bona fide conſumpta, *arg. l. 11. §. fin. & l. 13. pr. ff. d. t.* quo caſu idem dicendum, ſi dedit ille, qui non habuit liberam rerum ſuarum adminiſtrationem, puta, pupillus, furioſus &c. *l. 12. ff. eod. §. ult. quib. alien. lic. vel non* (contradicit *cit. Cocc. d. l. q. 11.*) vel, ſi dominium ſuperveniat *l. 8. verſ. item ſi. ff. d. t. Hub. ibid. n. 5.* vel interceſſerit ſtipulatio, *vid. l. 2. C. ſi cert. pet.* Dixi: *ſi bona fide conſumpta ſit.* Siquidem, ſi adhuc exiſtat, vel dolo conſumpta fuerit, datur rei vindicatio in priori caſu directa in altero utilis, *arg. l. 27. §. 3. ff. de R. V. vid. §. 2. quib. alien. lic. vel non. Hopp. h. ad princ.* Mutuum autem accipere ſimpliciter prohibentur filiifamilias ob beneficium SC. Macedoniani, de quo mox infra. Quomodo verò, & quando civitas, vel ejus membra teneantur, tum ex bonis communibus, tum civium particularibus ſolvere, alio labore (ſi Superi vires) dabimus. Interim ſufficiat ſcire, quòd, ſi ejus Adminiſtratores mutuam ſumpſerint pecuniam, civitas non aliter teneatur, quàm ſi mandatum præceſſerit, vel probetur, quòd pecunia verſa fuerit in utilitatem civitatis, *l. 27. ff. d. t. l. 16. ff. de V. S.* Idem dicendum tum de Adminiſtratoribus aliarum Univerſitatum, *arg. l. pen. de fidejuſſ.* tum etiam de Tutoribus, vel Curatoribus, *l. 3. C. quando ex fact. tut. Voët. ff. de R. C. num. 11. & 12. Hopp. loc. ſupra cit.*

Objectum Mutui ſunt res fungibiles, quæ ſcilicet functionem recipiunt, ſeu quarum una fungitur adæquatè vice alterius, vel explicatiùs,

(a) Legendum NUMERES, vel (leviori emendatione) locò ET DET, ita evadet perfectus ſenſus.

tiùs, quæ per ſe, & ex natura ſua ſunt omninò ſimiles, ita, ut illa re in genere reſtituta, cenſeatur illa ipſa res, quæ data fuit, reddita. *Vinn. h. num. 2. & 3.* aut, quod in idem recidit, res illæ, quæ non aliter veniunt in commercium humanum, quàm per numerum, pondus, aut menſuram, súntque v. g. vinum, oleum, frumentum, pecunia &c. *princ. h.* unde excluduntur corpora, ùt equi, boves, aliæque ejusmodi res, quæ per ſe loquendo non ſunt ſimiles. Ratio deſumitur ex *d. l. 2. §. 1 ff. eod.* quia invito creditori aliud pso alio obtrudi, aut ſolvi non poteſt; in ejusmodi enim corpora cadere ſolet ſpecialis affectio, cùm unus equus, v. g. quoad qualitates tum intrinſecas, tum extrinſecas vix alteri ſit ſimilis.

Dubitatur de ovibus, num in creditum (idem eſt ac in mutuum, rem enim credere propriè eſt mutuum dare) venire poſſint? Id, quod negamus, quia rarò, imò nunquam (eſto ſint ex eadem regione) præſertim quoad qualitates intrinſecas, quæ vel maximè attendi debent; ſunt omninò ſimiles. Parùm ad rem facit, quòd veniant in commercium humanum per numerum, ſeu quantitatem, *l. 35. §. 6. ff. de contr. empt.* nam hoc eſt per accidens; poſſunt & plura jugera agri venire in commercium humanum per quantitatem, *l. 40. §. 2. ff. eod.* nec tamen ſunt materia mutui. Quid, quòd & libri ex aliqua Bibliotheca non rarò vendantur per numerum, quis autem hactenùs ſomniavit mutuum eſſe, ſi Bibliotheca pro Bibliotheca detur. Saltem, ais, erit mutuum, ſi liber pro libro ejusdem qualitatis, v. g. Corpus Juris pro alio Corpore Juris ejusdem editionis detur? Negamus & hoc, cùm de ſe non ſint ſimiles, ſed tantùm per accidens, & medio humanæ induſtriæ: deinde tranſmiſſo hoc, negatur paritas, quia ovis ovi ſaltem quoad qualitates intrinſecas non eſt (niſi fortè in caſu rariſſimo, qui non attenditur) omninò ſimilis. Quid, ſi lanio lanioni daret, ut viciſſim totidem reſtituat, cùm ibi non attendantur qualitates intrinſecæ, dum ſtatim mactantur? Neque hic erit mutuum, deficit enim objectum habile. Nec enim conſenſus contrahentium rei naturam mutare poteſt, aliàs dicere debebis, poſſe contrahentes mutuum inire dando vinum pro oleo: erit igitur in ſimilibus caſibus permutatio, adeóque contractus bonæ fidei. Minùs quadrat paritas, quòd, ſi detur ovum pro ovo non ſit permutatio, ſed mutuum; nam ovum ovo magis eſſe ſimile, quàm ovem ovi, patet ex hactenus dictis.

3 Forma ſubſtantialis conſiſtit in traditione rei fungibilis ea lege facta, ut eadem in genere reſtituatur: Quòd enim reſtitui debeat in eadem qualitate, & quantitate, non eſt de ſubſtantia, ſed de natura mutui, ita, ut poſſit conſenſu partium, ſalvâ ejus eſſentiâ, abeſſe, dummodò res de ſe ſit talis, ut poſſit ita reſtitui: Ubi tamen advertendum,

quòd

Digitized by Google

quòd non poſſit pacto ad plus conveniri, quàm datum eſt, *vid. l. 11. §. 1. ff. de R. C. arg. l. 17. pr. ff. de pact. Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. n. 46. Hub. h. num. 5.* eſt enim contra naturam contractûs realis, in quo in tantum ſolummodo contrahitur obligatio, in quantum traditum eſt; donatio autem in dubio non præſumitur, *arg. l. 25. ff. de prob.* Quid, ſi per ſtipulationem exceſſus, ſeu, quid plus, quàm datum eſt, promiſſum ſit? Etiam non valet, quia hìc ſtipulatio non eſt à mutuo diverſa *l. 6. §. 1. ff. de novat.* ibi, *cùm pecuniam mutuam dedit quis ſine ſtipulatione, & ex continenti fecit ſtipulationem, unus contractus eſt: Idem erit dicendum, & ſi antè ſtipulatio facta eſt, mox pecunia numerata ſit;* nec enim ex ſtipulatione mutuo adjecta nova naſcitur actio à condictione diſtincta *l. 24. ff. de R. C. vid. l. 7. ff. de nov.* (a) Porrò traditio poteſt eſſe vel vera, vel ficta; veluti (I.) ſi petenti mutuam pecuniam darem lancem, vel catenam auream vendendam, ut pretio utatur, uti extat caſus in *d. l. 11. pr. ff. de R. C.* ibi: *Rogâſti me, ut tibi pecuniam crederem, ego, cùm non haberem, lancem tibi dedi, vel maſſam auri, ut eam venderes, & numis utereris, ſi vendideris puto mutuam pecuniam factam.* Neque Ulpiano obloquitur Africanus in *l. 34. pr. ff. de mand.* ubi in hac ipſa facti ſpecie negat pecuniam fieri mutuam in verbis: *His argumentum eſſe, eum, qui, cùm mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dediſſet, nihilo magìs pecuniam creditam petiturum.* Nam Africanus ſupponit caſum, quo non fuit conventum, ut pretio ſtatim utatur venditor (ſeu potiùs mandatarius) ſed illud, re vendita, reſtituat, recepturus poſtea quantitatem mutuò petitam ab ipſo mandante, à quo mutuum petierat, ſiquidem traditio illa ficta deſumitur ex formula *cit. l. 11. ut nummi inde* (id eſt, ex venditione) *redacti mutui eſſent, vel ut iis uteretur,* quæ in propoſito caſu *d. l. 34.* deficit. *Voët. ff. de R. C. n. 4.* Aliud exemplum (II.) traditionis fictæ habetur in *d. l. 34.* ſi nimirum inter deponentem, & depoſitarium convenerit, ut iſte pecuniâ apud ſe depoſitâ utatur, (III.) ſi debitorem meum juſſero, ut tibi mutuum à me petenti pecuniam numeret, qui eſt caſus, *l. 15. ff. de R. C.* Idem dicendum (IV.) ſi inter mandantem, & mandatarium con-

N ve-

(a) Obſtare videtur è diametro *l. 2. C. ſi cert. pet.* ubi, quamvis mutuum (puta ſi pecunia aliena ſit data) non valeat, valet nihilominus ſtipulatio, competitque danti actio ex ſtipulatu. Verùm textus eſt intelligendus de caſu, ubi contrahentes non mutuum, ſed ſtipulationem principaliter & per ſe præ oculis habuerunt, hoc ipſo, quòd textus dicat, mutuantem ſibi jus obligationis acquirere. Quò etiam facit reſponſum Pomponii *in l. 7. ff. de novat.* Vel reſponderi etiam poteſt, textum loqui de ſtipulatione ex intervallo adjecta, adeóque per ſe ſubſiſtente, ita ut ſit facta novatio, cùm præceſſerit ſaltem obligatio naturalis ad reſtituendum, hoc ipſo, quòd re aliena mutuò data ſaltem competat condictio, *d. l. 11. §. ſ. l. 12. l. 13. & 19. §. 1. ff. de R. C.*

venerit, ut his pecuniis, quas occaſione mandati exigit, utatur, qui eſt alter caſus, *cit. l. 15. ff. eod.* ait ibi Ulpianus: *ut, cùm ex cauſa mandati pecuniam mihi debeas, & convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta.* Neque in hac ſpecie Ulpiano contrarius eſt Africanus in *d. l. 34. pr. ff. mandati*, cùm loquatur de caſu, ubi mandans, & mandatarius abſentes erant, inter abſentes verò non obtinere traditionem fictam docuimus in *lib. 2. tit. 1. n. 10.* vel etiam dici poteſt, defuiſſe in allata facti ſpecie conſenſum mandantis, textus ita ſonat: *qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cùm à debitoribus ejus pecuniam exegiſſet, epiſtolam ad eum emiſit* (en abſentia) *qua ſignificaret, certam ſummam ex adminiſtratione apud ſe eſſe, eámque creditam ſibi ſe debiturum cum uſuris* (en conſenſus ſolius mandatarii) *quæſitum eſt . . . Reſpondi, non eſſe creditam, vid. Voët. ff. de R. C. num. 4. & 5.* (a) Aliter reſpondet *Pagenſt. in Theſ. Jur. d. t. n. 20.*

Neque obſtat, quòd, ſi convenerit, ut depoſitarius pecuniam depoſitam, ùt creditam habeat, depoſitum tranſeat in mutuum; Nam hìc inter deponentem, & depoſitarium interceſſit priùs traditio vera ex cauſa depoſiti, unde faciliùs poteſt ex nova voluntate ficta erui, dicíque, numos ex meis tuos fieri, uti innuit *d. l. 34. pr. ff. mand. Cocc. de R. C. q. 9.*

4 Effectus Mutui Proximus eſt obligatio mutuatarii ad rem in eodem genere, qualitate & quantitate (niſi circa qualitatem, & quantitatem aliter fuerit conventum) reſtituendam *l. 3. ff. de R. C.* Sed quando? Si fuit de tempore conventum, ſtandum eſt conventioni: ſi non; num ſtatim poſſit repeti? Dixeris, quòd ſic, cùm contra ſtatim repetentem nulla in jure ſit reperibilis exceptio: Indulgendum nihilominus civile laxamentum, & mutuatario tantum temporis, arbitrio boni viri, concedendum, ut ille mutuâ pecuniâ ad uſum deſtinatum potuerit uti; quemadmodum enim commodatô ſine temporis adjectione conceſsô, officii, & humanitatis ratio non patitur intempeſtivè rei uſum auferri, *l. 17. §. 3. ff. commod.* ex ratione ibidem ſubnexa, *quòd adjuvari nos, non decipi beneficio oporteat*, ita erit diſcurrendum in mutuo, ne mutuatarius eludatur, aut omnino decipiatur: In qua ſpecie, etſi jure deficiamur, æquitas tamen hanc moram ſuggerit, *arg. l. 2. §. 5. ff. de aqua, & aquæ pluv. arc. Voët. ff. de R. C. num. 19.* Neque inferas, exinde ſequi, contractum mutui eſſe bilatera-

(a) At, inſis, in textu ſupponitur præcedens pactio, in verbis, *non ſufficere QUAMCUNQUE PACTIONEM* (en utriusque conſenſum) Ita eſt, ſcilicet imperfectam, & tantùm inchoatam unius conſenſu. Nota, poni ibidem quatuor caſus. Secundus & tertius important mutuum: primus & quartus non item, quia deficit in utroque conſenſus mutuantis.

talem, quatenus etiam mutuans obſtringitur ad non ſtatim repetendum, nam illa obligatio cùm effectu juridico, tum exceptionis, tum actionis deſtituatur, in jure non attenditur, neque ſufficit ad conſtituendum contractum bilateralem, qui ex utraque parte actionem parit. Dixi ſuprà in *eodem genere*; in quo, uti dictum, conſiſtit ſubſtantia mutui, & differentia ab aliis negotiis. At, potéſtne eadem reſtitui, ſi mutuatarius fortè non indigeret, cùm videatur non ampliùs eſſe mutuum, ſed commodatum? Poteſt, quia creditor nequit eſſe prudenter (niſi ſit facta deterior) invitus: Neque per hoc ingreditur eſſentiam commodati, quia ibi ab initio (quod unicè ſpectandum) convenitur, ut eadem numero reſtituatur. *Hopp. ubi ſup.* Poterítne etiam melior reſtitui? poterit, ſi creditor non ſit invitus: Poteſt autem eſſe prudenter invitus, ſi ſpecialem affectum habeat ad rem mediocrem, quam mutuò dedit, ut, ſi pro vino mediocri vellet mihi reſtituere ſpirituoſiſſimum, cui ego non eſſem aſſuetus. Num locò rei poſſit ſolvi æſtimatio? Reſp. negativè, quia aliud pro alio obtrudi creditori non poteſt, *l. 2. §. 1. ff. de R. C.* Limitatur, ſi præſtatio rei ſit impoſſibilis. Ita capienda ſententia Juliani in *l. 22. ff. d. t.* vel, ſi creditor non ſit invitus, aût obligatio disjunctivè concepta, *vid. l. 57. ff. de ſolut.* Num locô monetæ aureæ argentea? Affirmatur, quia in pecunia conſideratur potiùs valor, quàm materia, *l. 1. ff. de contr. empt.* Limita, ſi mutuans damnum paſſurus ſit, *l. 99. ff. de ſolut.* Non tenetur tamen creditor pecuniam minutam (ultra 25. florenos) pro groſſa, ùt vocant, acceptare *ordin. Monetaria de Anno 1559. §. 11.* ibi: Was unter den fünff Creutzeren, ſoll niemand verbunden ſeyn, ſolcher Müntzen über 25. fl. in Bezahlung, und für Wehrſchafft, zu nehmen. Caſum jucundum narrat *Hub. b. num. 4.* (a)

(a) Eſt iſte. Quidam in expenſas condemnatus, conquiſivit pecuniam rariſſimam & minutiſſimam, ùt ſunt denarii Pariſienſes, & Turonenſes (apud nos fortè, ùt vocant, Haller) nolens victor accipere, & ad recipiendum condemnatus, appellavit, ùt mos ibi vigebat, ad Senatum monetarium, qui ſententiam ideo iniquam arguebat, tum quia ejuſmodi minutiſſima pecunia non eſſet inventa ad commercia exercenda, vel debita ſolvenda, ſed ſolùm ad commutandos majores numos, vel ſupplendum, quod excurrit. *arg. l. 26. §. 2. ff. depoſit.* tum quia talis pecunia ferè omnino ſit ærea, vel cuprea, nimiſque ponderoſa, & oneroſa. Huic opinioni, ſeu reformationi ſe opponit Molinæus; cùm etiam hæc moneta authoritate publica ſit excuſa, publicáque forma conſtet; Debitor autem non teneatur ad certam monetæ ſpeciem, eſto ſit in magna quantitate. Quid apud nos dicendum, ſi ſumma excedat 25. florenos, patet ex mox dictis. Num hanc, vel minorem in tali moneta teneatur recipere, arbitrio judicantis relinquimus, monentes tamen, malitiis hominum non eſſe indulgendum.

Interrogas, num creditor teneatur acceptare ſolutiones partiales? Negatur, uti ſatis luculenter colligitur *l. 41. §. 1. ff. de uſur.* & *l. 9. C. de ſolut.* partiales ſolutiones enim multis incommodis ſunt obnoxiæ. Leviſſimum eſt, quod ajunt (I.) obligationem pecuniæ creditæ recipere partium præſtationem, (II.) poſſe creditorem à debitore invito partem debiti exigere, *arg. l. 17. §. 4. ff. com.* Nam hæc intelligenda ſunt, ſi creditor in cujus favorem partium ſolutio vetatur, non ſit invitus: Quòd autem hæc juxta Paulum in *l. 4. §. 6. ff. de ſtatu lib.* teneatur recipere ſolutiones partiales, id favore libertatis receptum eſt.

Effectus Remotus eſt condictio certi ex mutuo, quæ eſt actio perſonalis ſtricti juris, qua mutuans agit adversùs mutuatarium, ut rem in eodem genere, qualitate, & quantitate reſtituat. Dixi: *perſonalis*, quia oritur ex jure ad rem, ſeu obligatione ſtricti juris, quia eſt ex contractu abſolutè unilaterali: eſt *perpetua*, hoc eſt, durat 30. annis, quia eſt civilis. Datur mutuanti, & hæredibus contra mutuatarium, ejúsque hæredes, cùm oriatur ex contractu, adeóque facto licito.

APPENDIX

De Senatûs-Conſulto Macedoniano.

6 QUoniam ſuperiùs notatum fuit, filiisfamilias mutuam pecuniam accipientibus competere beneficium SCti Maced. habetúrque de eo notabilis mentio in *§. 7. quod cum eo, qui in aliena pot.* non debet Juris Tyronibus ejus notitia planè ſubtrahi. Cape igitur ejus definitionem, atque exegeticam narrationem. Senatûs-Conſultum Macedonianum eſt *Beneficium à Senatu Romano indultum, quo cavetur, ne creditoribus, qui filiisfamilias incertis nominibus mutuam pecuniam crediderunt, efficax actio detur.* Verba Senatûs, quæ referuntur ab Ulpiano in *l. 1. pr. ff. ad SC. Maced.* ita habent: *cùm inter cæteras ſceleris cauſas Macedo, quas illi natura adminiſtrabat, etiam æs alienum adhibuiſſet, & ſæpè materiam peccandi malis moribus præſtaret, qui pecuniam (ne quid ampliùs diceretur) incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dediſſet, etiam poſt mortem parentis ejus, cujus in poteſtate fuiſſet, actio, petitióque daretur, ut ſcirent, qui peſſimo exemplo fœnerarent, nullius poſſe filiifamilias bonum nomen exſpectata morte fieri.* Ex his colliges avaritiam Macedonis improbi cujusdam fœneratoris, qui ſolebat filiisfamilias mutuas pecunias, quibus mores corrumpebantur, ſubminiſtrare, extorſiſſe, noménque ab eo (eſto aliam à ſuis Authoribus denominationem ſortiri ſoleat) accepiſſe, *Pagenſt. in Theſ. Jur. ff. ad SC. Maced. n. 9.* Nunc

Nunc age, & definitionis verba conſideremus. Dictum fuit notanter (I.) *quo cavetur:* Rationes cavendi potiſſimùm numerantur tres; ſpecialis, ac prima fuit odium fœneratorum, qui avaritiæ emancipati ſolebant mutuas filiisfamilias ſubminiſtrare pecunias, quibus illorum mores corrumpebantur; hinc orta alia ratio, ut pro conſervatione boni publici, cujus intereſt, mores ſervari incorruptos, denegaretur mutuantibus remedium, & hoc modo ab ejusmodi dationibus abſterreantur, atque ita tollatur occaſio inſidiandi parentum vitæ (& hæc eſt tertia ratio) filii enim familias hujusmodi debitis gravati, ac oppreſſi, nec non ad ſolutionem moleſtati, parentum vitæ non rarò inſidiabantur, uti diſcurrit Tribonianus in *§. 7. quod cum eo, qui in alien. pot.* parricidio nimirum inventuri, unde diſſolverent æs alienum. Neceſſum igitur fuit, *coarctare juveniles calores, ne cupidini dediti triſtem exitum ſentirent, qui eos poſt diſperſum exſpectatu patrimonium*, ùt piè loquitur Juſtinianus in *l. fin. §. 5. C. de bon. quæ liber.* Dictum fuit (II.) *ne creditoribus;* Neque diſtinguitur, qualis ſit creditor. Privata num publica ſcilicet perſona, *arg. l. 15. ff. ad SC. Maced. Nihil intereſt*, ait JCtus, *quis filiofamilias crediderit, utrùm privatus, an civitas.* Ita, ut hic non ſit applicanda regula, quòd civitas gaudeat jure minorum, quia, qui contra legem committit, legis non meretur auxilium, *l. 37. ff. de min.* Neque civitas allegare poterit defectum judicii, uti minor, conſequenter civitas gaudet jure minorum, quando læſio eruitur ex ipſa re, non verò, quando reſultat ex defectu judicii, ùt notat *Theſ. Jur. loc. ſup. cit. num. 5.* Militat quippe ſemper ratio odii, quæ principaliter hic attenditur, *arg. l. 9. §. 2. & 4. ff. d. t. l. 40. ff. de condict. indeb.* Verùm, quis præſumet (inquies) perſonam publicam, vel civitatem eò deventuram malitiæ, ut, aut ipſa, aut ejus Actores ſuſtineant materiam præſtare malis moribus? Sed quidquid præſumere velis, Marciano viſum eſt, etiam contra ejusmodi mutuantes locum habere SCtum, & ita Severum, & Antoninum reſcripſiſſe, refert, quaſi, quod à Macedone Populus Romanus expertus, id ab omnibus timendum eſſet; adeòque non tam, quis crediderit? quàm cui? advertendum ſit. Inde etiam fluit, quòd actio non tantùm ipſis fœneratoribus, ſed etiam eorum ſucceſſoribus ab Ulpiano in *d. l. 7. §. 6. ff. d. t.* denegetur. 7

Dictum fuit (III.) *qui filiisfamilias*, cujuscunque ſint ætatis, conditionis, aut dignitatis, *d. l. 1. §. fin. ff. eod.* ibi: *In filiofamilias nihil dignitas facit, quò minùs SCtum locum habeat.* Latiùs *Voët. ff. d. t. num. 2.* Neque refert, utrùm natura, an fictione juris ſint in patria poteſtate, nam filiosfamilias etiam adoptio facit, *l. 1. ff. de adopt. vid. d. l. 1. §. 2. ff. ad SC.* 8

Maced. Dummodo tempore numeratæ pecuniæ tales fuerint, *l. 3. §. fin. l. 4. & 5. ff. d. t.* quapropter, ſi quis ùt filiusfamilias pecunias ſibi mutuas ſtipulatus, paterfamilias factus acceperit, ceſſat SCtum *dd. tt. Voët. ibid. & num. 6.* Sed, quid de ſexu dicemus, num Senatus filiasfamilias hoc beneficio indignas, vel magìs ſapere, quàm ut mores corrumpantur, cenſuit? Verba Senatûs quidem nil memorant: aliunde enim conſtabat ſub maſculino comprehendi fœmininum, *l. 195. ff. de V. S.* Pulchrè hoc pro ſua prudentia advertit Ulpianus in *l. 9. §. 2. ff. d. t. Hoc SCtum, inquiens, ad filias quoque familias pertinet* (a): Num etiam ad nepotes conſtitutio Senatûs extendatur? Certè aliter filii, aliter nepotes, præſertim in materia odioſa) appellantur, *§. fin. qui teſtam. tut. dar. poſſ.* Scrupulus exulabit legenti, *l. 6. §. 1. ad SCtum Maced.* ubi palam ita reſcribitur: *Quod SCti auxilium, licèt filiifamilias meminerit, & ad nepotes, & pronepotes porrigitur.* Quod procedit, etiamſi nepos juſſu patris ſui (exiſtentis in patria poteſtate) mutuas pecunias acceperit, ùt probant verba Juliani in hanc ſpeciem reſpondentis in *l. 14. ff. eod. Juſſum autem bujùs patris,* ait, *non efficere, quò minùs contra SCtum creditum exiſtimaretur:* addita mox ratione: *cùm ipſe in ea cauſa eſſet, ut pecuniam invito patre ſuo accipere non poſſit.* Neque tantùm ipſis filiis, vel nepotibus exceptione Macedoniani, ſed etiam eorum hæredibus, ſi patresfamilias deceſſerint, vel etiam parentibus, ſi, ùt filiifamilias vitâ ſint defuncti, ſuccurritur *d. l. 7. §. 10. ff. eod. §. 7. quòd cum eo, qui in alien. pot. & ibid. Hopp.* Obſtat è diametro *l. 1. C. ne filius pro patr.* ubi contra patrem actio de peculio dari dicitur; ſed textum vitioſum eſſe, ex eo apparet, quia pugnat contra planam juris deciſionem. Mejer. in *Coll. Argent. b. num. 9.* tranſponit particulam *Si,* & legendum ait: *ſi neque contra &c. vid. Theſ. Jur. d. loc. num. 38.* (b) Dictum fuit (IV.) *incertis nominibus.* Quid ſint incerta nomina, mirè explicant, variántque Authores. Aliqui nomina incerta ajunt, ſi non ſit adjectum tempus ſolutionis, utì teſtatur *D. D.*

Frans

(a) Et quid ni? Num olim minùs, quàm hodie fœminas luxui fuiſſe deditas, exiſtimas? Minimè teſte Seneca *de Benef. l. 7. c. 9:* „ Video, inquit, uniones, non ſingulos ſingulis „ auribus comparatos; Jam enim exercitatæ aures oneri ferundo ſunt: junguntur in„ ter ſe, & inſuper alii binis ſuper imponuntur: Non ſatis muliebris inſania viros ſub„ jecerat, niſi bina, ac terna patrimonia auribus pependiſſent. Video ſericas veſtes, „ ſi veſtes vocandæ ſunt, in quibus nihil eſt, quo defendi corpus, aut pudor poſſit: „ quibus ſumptis mulier parùm liquidò nudam ſe non eſſe, jurabit. Hæc ingentiſſu„ ma ab ignotis etiam ad commercium Gentibus acceſſuntur. „ An quid magis appoſitè ad noſtra tempora? Sed hæc ad aures, inter nos aliàs vel lapidibus obruendos, vel veritate notoria non obſtante, ad palinodiam condemnandos.

(b) Fortè meliùs! Datur actio de peculio contra patrem; ſed inefficax. *arg. d. l. 7. §. 10. & l. 9. §. 3. ff. d. §. 7. Inſt. quod cum eo, qui in alien. pot.*

Franz p. m. b. num. 16. Alii intelligunt ſimulata nomina, id eſt, quando ſimulabatur locô mutui interveniſſe aliud negotium, cùm mutuum dare filiisfamilias ante SCtum Maced. fuerit vetitum, ùt probat *Voët. ff. d. t. num. 11.* Alii per incerta nomina venire contendunt, mala nomina, ſeu periculoſa; bonum enim nomen, de quo verba finalia Senatûs commemorant, dicitur, cùm certæ, & ſecuræ eſt ſolutionis; unde in jure frequens occurrit mentio *boni, & veri* nominis (a) *Laudat. Voët.* contendit, ideo illud nomen fuiſſe incertum, quia non conſtabat, num filius ante patrem ſit moriturus, & hoc modo debitum evaniturum, num ſuperfuturus, & ita debitum efficax evaſurum; omnes, ſi non vera, ſaltem probabilia venditant. Apud noſtros parùm intereſt, num tempus ſit adjectum, nec ne? num ſimuletur aliud negotium, num apertè ſit mutuum contractum? num ſit bonum, num malum nomen? Semper enim obtinebit diſpoſitio Senatûs actionem denegantis. Dictum fuit (V.) *mutuam pecuniam crediderunt. Is igitur ſolus SCtum offendit* (ſunt verba Ulpiani in *l. 3. §. 3. ff. d. t.*) *qui mutuam pecuniam filioſfamilias credidit, non qui aliàs contraxit, puta vendidit, locavit, vel alio modo contraxit, nam pecuniæ datio pernicioſa parentibus eorum viſa eſt.*

Quid autem, ſi non numeravi filiofamilias pecunias, ſed in creditum ivi ex alio contractu, v. g. in emptione habui fidem de pretio? 9
Reſpondebis, habere locum SCtum, cùm parùm interſit, num tibi pecuniam tradam, num brevi manu pecuniam apud te relinquam, utrobique enim ſubeſt idem periculum ſeductionis. Prima fronte ita eſt. Sed aliter cenſet Ulpianus in *d. l. 3. §. 3.* ubi ita pergit: *Et ideò, etſi in creditum abii filiofamilias, vel ex cauſa emptionis, vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, & ſi ſtipulatus ſim, licèt cœperit eſſe mutua pecunia, tamen, quia pecuniæ numeratio non concurrit, ceſſat SCtum. Voët. ad cit. tit. n. 2.* Non officit ratio dubitandi, quia, ſi concedatur retentio, non ſubminiſtratur ſimpliciter nova cauſa corruptionis, aut luxuriæ, cùm plus non accipiat, quàm habuit, quapropter *origo potiùs obligationis, quàm titulus actionis conſiderandus.* Eſt monitum Severi, & Antonini in *l. 3. C. eod.* Attamen hoc demum placet Ulpiano in *d. l. 3. §. 3.* ſi non fraus SCto ſit excogitata, pone, ſi credere non auſus vendidi, ut pretium in mutui vicem haberet, illóque uteretur. Alium caſum, quo SCto fraus contin-

git,

(a) Boni quippe fœneratores, licèt duri & acerbi non fœnerabant, niſi nominibus certis, ſeu creditoribus, quibus licebat; eâque contenti centeſimâ: Improbi verò, & vix non fatui quærebant mala nomina, id eſt, creditores, v. g. filiosfamilias prodigos, laſciviæque deditos, ſed non ſtabant intra centeſimam: binas, trinas, aut etiam quaternas exigebant. Quò facit illud Horatii *Lib. 2. Epiſ. 1. V. 10.*

Cautos nominibus certis expónere nummos,

git, vide-ſis in *l. 7. pr. ff. d. t.* Quid, ſi res alia in creditum abierit? Ceſſat SCtum; ſola enim pecunia præſentiſſimum luxuriæ medium præbere, quotidiana & apud nos docet experientia, & ita viſum eſt Ulpiano in *d. l. 7. §. 3. ff. eod.* Hoc non intereſt apud eundem Ulpianum in *d. l. 7. §. 9.* num data ſit ſub- vel ſine uſuris, dummodo fuerit numerata, nec enim, ùt ſuperiùs notavimus, ſufficit ſola promiſſio. Dictum fuit (VI.) *efficax actio detur.* Verba Senatûs habent: *Actio, petitióque* (Actio in perſonam, petitio in rem competere dicitur in *l. 178. §. 2. ff. de V. S.*) *daretur*, ſubintellige *efficax*: valere ſiquidem contractum, exindéque actionem naſci, dubitare non ſinit Ulpianus in *l. 11. ff. eod.* ubi expreſsè tradit, *non oppoſita exceptione SCti, ſequi poſſe condemnationem*, quod utique ſine actione fieri non poſſet. Noluit quippe Senatus negotium hoc filiifamilias, qui in omnibus cauſis tanquam paterfamilias obligatur, *l. 39. ff. de O. & A.* planè annullare, ſed tantùm ad ejus effectum, quem inutilem fecit, reflexit.

10 Dubitatur, utrùm filiusfamilias etiam ſit ſecurus in foro conſcientiæ. Dixeris, quòd non, quia, ſi ſolvit, non ampliùs poteſt repetere, *l. 9. §. fin. l. 10. ff. ad SCtum Maced.* quod eſt manifeſtum ſignum obligationis naturalis, *arg. l. 10. ff. de O. & A.* Sed non videtur hæc ratio ad enervandam vulgatam, eámque communiter receptam regulam, quòd lex juſta in foro externo, ſit etiam juſta in foro interno, ſufficere. Eſto enim, ſi ſolverit, non poſſit repetere, cùm ceſſent pericula, quæ hoc beneficium extorſerunt, adeóque adſit aliqua obligatio naturalis, minus plena impediens, videlicet condictionem indebiti, non tamen ſequitur ſubeſſe obligationem quamdam naturalem ad ſolvendum, cùm illa eſſet obnoxia iiſdem ferè incommodis, quibus civilis. Deinde parùm prodeſſet filiofamilias, tantùm liberari in foro externo, non item interno. Addantur ea, quæ habet *Titius in Theſ. Jur. ubi ſup. num. ult. in fin.* (a) Vidimus hactenus ejus naturam, ac ſubſiſtentiam, ſubnectendi ſunt caſus, in quibus ceſſat.

11 Ceſſat autem (I.) Si filiusfamilias ſit miles, *l. fin. §. un. C. ad SC. Maced.* vel, ſi habeat peculium Caſtrenſe verè, aut quaſi tale, *d. l. 1. §. fin. ff. eod.* ibi: *niſi fortè peculium Caſtrenſe habeat, tunc enim ceſſabit SCtum.*

(a) Ait ibi: SCtum non probibet mutuum; hinc licitè datur, & accipitur: ſed in odium fœneratorum actio denegatur, omniáque media conſequenter improbantur, cui diſpoſitioni fœnerator ſeſe ſubjicere, & ita mutuatario debitum remittere tenetur. Hinc non procederet illud: *qui contra leges committit, legis non meretur auxilium.* Siquidem filiusfamilias acceptando mutuum non agit contra leges; vel uterque agit, adeóque in pari cauſa (quod etiam in foro poli procedet) melior erit conditio contenentis. Vid. nihilominus, quæ habet *Hub. ff. de SC. Maced. num. 1.*

SCtum. Quid, ſi extraordinarium? Idem dicendum exiſtimo, cùm ceſſent pericula, adeóque & odium fœneratorum. Accedit, quòd in illo competat filiofamilias liberrima diſponendi facultas, *nov. 117. c. 1.* Submurmuras, ùt imaginor, quòd nullibi reſpectu hujus peculii habeatur pro patrefamilias. Quid tum? Poterit utique, ùt filiusfamilias, ſi ceſſant pericula, & rationes, quibus Senatus movebatur, mutuum accipere, ut nulla ſit opus fictione. *Pagenſt. in Theſ. Jur. d. t. num. 24.* Sed cur de hoc jura nihil commemorant? Quia tempore, quo hoc beneficium fuit inventum, nondum dabatur peculium extraordinarium, *arg.* eorum, quæ diximus ad *tit. per quas perſonas cuique acquir. num. 1.* Ceſſat (II.) ſi pupillus, vel minorennis mutuum dederit, ita quidem, ut illi ipſo jure proviſum, cùm pecuniam non faciat accipientis, huic verò beneficiô Prætoris, causâ cognitâ, ſubveniendum ſit. Ita Ulpianus in *l. 3. §. 2. ff. d. t.* Major namque habetur ratio ætatis, quàm SCti, uti differit idem JC. in *l. 11. §. fin. ff. de minor.* Quid, ſi filiusfamilias crediderit? Ceſſat SCtum, uti ex Juliano refert Ulpianus in *d. l. 3. §. 2.* quia mutua pecunia non fit, quamvis liberam adminiſtrationem habeat: *Non enim*, ait JC. *perdere ei peculium pater concedit, cùm peculii adminiſtrationem permittit, & ideo rei vindicatio numorum* (ſi adhuc extant) *patri ſupereſt.* Ceſſat (III.) ſi creditor non vana ſimplicitate deceptus mutuatarium patremfamilias crediderit, fortè, *quia publicè paterfamilias plerisque videbatur: ſic agebat* (ſunt verba *d. l. 3. pr.*) *ſic contrahebat, ſic muneribus fungebatur.* Hinc eſt, quòd etiam ceſſet, ſi vectigalia conducta habeat, *d. l. 3. §. 1. ff. eod.* Quòdſi duo crediderint, quorum unus ſcivit, alter non, ſeveriùs dicendum, ſcientiam unius alteri nocere, *l. 7. §. 7. ff. d. t.* potuiſſet enim facilè ſcire, à correo credendi, cum quo contrahat. *Voët. ff. d. t. num. 7.* Et licèt aliàs uni per alterum iniqua conditio non debeat inferri; hìc tamen in odium fœneratorum *ſeveriùs*, ùt ait Ulpianus, procedendum. Quid, ſi duobus crediderim, quorum unum putavi, eſſe patremfamilias, alterum ſcivi filiumfamilias? Videndum, ad quem pecunia pervenerit, ſi ad illum, quem ſcivi, obtinebit exceptio; ſi ad alterum, quem putavi patremfamilias, ceſſabit, *d. l. 7. §. 8.* Ceſſat (IV.) ſi filiusfamilias ſui juris factus mutuum expreſsè, vel tacitè (ſolvendo v. g. vel dando chirographum) approbaverit. *d. l. 7. §. ult. ff. eod.* ubi certum eſt, ceſſare totaliter, ſi integrum debitum ſolvat. Si tantùm partem ſolverit, res dubio relicta eſt; ſed verius videtur ceſſare, eſto tantùm partem ſolverit. Sanè in *d. l. & §.* non diſtinguitur, imo ſimpliciter dicitur ceſſare SCtum, ſi partem ſolvat: ibi: *ſi paterfamilias factus ſolverit partem debiti, ceſſabit SCtum, nec ſolutum repetere*

poteſt. En duo dicit, quòd ſolutum non poſſit repeti, & quòd de reſiduo conventus nequeat uti beneficio SCti. Id, quod magìs dilucidatur (quidquid contrà conjecturetur *Berger in Theſ. Jur. ubi ſup. n. 49.*) ex connexione, *cit. §. fin. cum l. 9. ff. eod.* quæ uno ſpiritu legenda eſt, utpote in Libb. Ulpiani cum priori textu in *d. l. 7. §. fin.* conjuncta, unde pergendum, intermiſſa interim *l. 8. Sed ſi paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit SCti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.* Jam in *d. §. fin.* ſimpliciter dixerat JCtus, ceſſare SCtum, ſi partem ſolvit, deinde in *d. l. 9. pr.* per particulam oppoſitivam SED ſtatuit, ſi pignus dedit, ceſſare tantùm quoad quantitatem pignoris, non in totum, & ita ſalvatur oppoſitio. Huc etiam facit, quòd non detur pars, niſi totius, adeóque, qui partem ſolvit, jam totum agnoſcere videtur. Quænam autem inter ſolutionem partialem, & dationem pignoris diſparitas? Hæc nimirum, quia, utì dictum, non datur pars, quà pars, niſi totius, conſequenter, qui partem ſolvit, hoc ipſo totum agnoſcere (niſi nominatim de contrario proteſtatus fuerit) præſumitur: Pignus econtra eſt acceſſio quædam obligationis principalis, ideóque abſurdum foret, ultra pretium, ſeu valorem ejus, obligationem principalem firmari. Accedit, quòd pignus ſit nova obligatio, quæ in tantum conſurgit, in quantum pignus valet, non ultrà. Dictum fuit: *ſi filiusfamilias ſui juris factus ſolvat.* Quid autem, ſi adhuc ùt filiusfamilias ſolvat? Etiam ceſſat, ſi de propriis bonis ſolvat, fortè; quòd eidem pecunia donata ſit, ut ſolvat; quòd, ſi ex bonis patris ſolverit, numi à patre vindicari poſſunt, ſi extent, *vid. d. l. 9. §. 1. ff. d. t. & l. 14. ff. de R. C.* Qui tamen textus videntur ſibi obſtare, dum in priori datur repetitio *ex omni eventu;* in poſteriori, *ſi extent*, de qua antinomia, videant alii. *Cujac. 14. obſ. 35.* inanem, ait, operam ſperantis conciliare illos, qui conciliari nolunt. Pleniùs de hoc diſſenſu *Mej. Coll. arg. ad cit. tit. theſ. 10.* (a) Aliam conciliationem excogitavit *Cocc. ad SCtum Maced. quæſt. ult.* Ceſſat (V.) ſi pater conſenſerit, vel expreſsè, vel tacitè, ùt, ſi præſens non contradicat, vel filium inſtitorem conſtituat, vel ſciat negotiari, nec prohibeat, *vid. d. l. 7. §. 11. ff. eod.* vel (VI.) ſi pecunia verſa ſit in illius utilitatem, fortè, quòd debita patris ſolverit, ſorori dotem dederit, vel etiam in ſtudia (non tamen ultra modum) impenderit, *l. 7. §. 11. 12. & 13. l. 12. 16. 17. ff. ad SCtum Maced.* Num ratihabitione pa-

(a) Tolerari poteſt reſponſio, ſi dicas, *l. 9.* eſſe intelligendam, ſi numi mala fide; *l. 14.* verò, ſi bona fide ſint conſumpti. Et ſi reponatur: quando nummi mala fide conſumpti ſunt, competit rei vindicatio utilis, non condictio: Replicare poteris, exinde non negari condictionem, quam cum rei vindicatione (ſaltem electivè) poſſe concurrere, clarè conſtat ex *l. 29. 30. 35. §. 3. ff. de mort. cauſ. donat.*

patris? Veteres dubitabant, ſed Juſtiniano *in l. fin. C. d. t.* viſum eſt etiam hic ratihabitionem mandato eſſe æquiparandam.

Rogas, utrùm SCto locus ſit, ſi pecunia adhuc exiſtat? Quamvis 12
de juris rigore verior à pluribus reputetur, & fortè ſit negativa ob textum, uti videtur valdè apertum, in *l. 9. §. 2. ff. eod.* ibi: *Neque ad rem pertinet, ſi adfirmetur, ornamenta ex ea pecunia comparâſſe; nam & ei quoque, qui filiofamilias credidit, Decreto ampliſſimi ordinis actio denegatur, nec intereſt, conſumpti ſint numi, AN EXTENT IN PECULIO*, neque deſit hujus rigoris ratio, quòd, denegata omni actione, puniendus ſit ille, qui contra authoritatem Senatûs credidit, ac ita tum mores filiifamilias, tum bonum publicum, tum vitam patris periclitari fecerit: nihilominus non malè defenditur etiam Affirmativa, cùm imprimis ceſſet ratio prohibitionis; nam, ſi pecunia adhuc extat, poteſt ſtatim repeti, & hoc modo obviari omnibus periculis, tum etiam, quia iniquum videtur, aliquem locupletari cum damno, & jactura alterius, & quidem illum ipſum, qui etiam delicti quodammodo eſt particeps. Ad hæc, ſi ab initio non in rem patris, ſed aliàs accepit, & poſtea in rem patris filiusfamilias vertit, ceſſat exceptio (quidquid refragante textu expreſſo contrà ſentiat *Voët. ff. d. t. num. 5. verſ. uti è contrario*) ceu probat ex Juliano Ulpianus in ſæpè *d. l. 7. §. 12. ff. eod. ſed & ſi ab initio*, inquit, *non ſic* (id eſt, in rem patris) *accepit, verùm poſtea in rem patris vertit ceſſare SCtum lib. 12. Digeſtorum Julianus ait, intelligendúmque ab initio ſic accepiſſe, ut in rem verteret.* Quid hic deficit ex parte mutuantis ad incurrendam pœnam? nónne egit contra Senatûs authoritatem? & tamen hoc non obſtante repetit. Unde patet reſponſio ad momentum alterum pro ſententia contraria. Difficiliùs occurritur oppoſitæ *l. 9. §. 2. ff. d. t.* quæ tamen non de pecunia in natura, ſed tantùm virtualiter exſtante intelligi poteſt, aliud quippe eſt in natura, aliud in peculio exſtare. (a) Ubi autem in peculio exſtat, ideo datur locus exceptioni, quia adhuc ſubeſt periculum, ne patris vitæ inſidietur, cùm filiusfamilias pecuniam in natura, ut ſolvere poſſit, non habeat. Et hanc ſententiam, ut æquiorem, cum aliis tenet *Cocc. d. t. contr. 9.*

(a) Hoc, ais, minùs rectè dicitur, utpote cùm peculium, tam pecuniâ in natura exiſtente, quàm aliis rebus conſtare poſſit. Verùm, ignoſce, quiſquis es, hoc potiùs minùs rectè carpitur. Non negamus, poſſe peculium per ſe loquendo etiam in pecunia conſiſtere: Interim tamen nec tu dicere poteris, pecuniam exiſtere IN NATURA, & IN PECULIO eſſe propoſitionem prorſus identicam, quippe poſterior locutio latiùs, quàm prior extenditur, quatenus pecuniæ etiam tantùm virtualiter exiſtens, in peculio exiſtens (quod utique non negabis) ſine abſurdo dici poteſt.

Interrogas ulteriùs, utrùm ceſſet, ſi filiusfamilias huic beneficio in ſpecie renuntiaverit: Reſpondetur cum *Zoëſio ad Pand. d. t. num. 27. & ſeq. atque aliis*, Negativè, quia non in commodum filiifamilias, ſed in odium fœneratorum, *l. 40. ff. de condict. indeb.* & in bonum Reipublicæ, ac favorem parentum introductum eſt; quapropter non ſuo, ſed Reipublicæ, & parentum favori, cui præjudicare nequit, renunciaret. Id quod procedit, eſto renuntiationi juramentum accedat, cùm jusjurandum cadens in præjudicium tertii non ſtringat, *arg. c. 28. de jurej. & c. 2. de pact. in 6.* Neque dicas, hoc juramentum habere pro objecto actum licitum, nimirum non uſum privilegii, qui filiofamilias permiſſus eſt; cùm poſſit, ſi vult, ſolvere, & ita non uti ſuô privilegiô: nam, licèt actualis non uſus ſit permiſſus, non poteſt tamen ſe obligare ad non utendum, cùm ejusmodi obligatio, quam juramentum immediatè reſpicit, ſubſtaret iisdem periculis, quorum intuitu SCtum fuit introductum. *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. n. 32.*

Sciſcitaris, num ſaltem non ceſſet poſt mortem patris, ita, ut tunc filius ſolvere teneatur; ceſſant enim poſt ejus mortem pericula? Nil minùs! Ablegamus te ad ipſius Senatûs verba in fin. Ibi: *ut ſcirent, qui peſſimo exemplo fœnerarent, nullius poſſe filiifamilias bonum nomen EXSPECTATA PATRIS MORTE fieri.* Hoc ipſum enim occaſionem præberet fœneratoribus urgendi ſolutionem & incitandi:

Natus ut ante diem patrios inquirat in annos.

Jungatur *§. penult. quod cum eo, qui in alien. pot.*

§. II.
De Commodato.

13 RE contrahitur obligatio (II.) traditione rei ad certum uſum, quæ COMMODATUM dicitur, quaſi commodum alteri in re noſtra concedere: in vernacula Lehnen, oder Leyhen, quod eſt, ad uſum dare, ubi

Quid ergo implicabit, ſi ad textus tum inter ſe, tum cum æquitate conciliandos hanc acceptionem adoptemus. Nónne pecunia non tantùm in ORNAMENTIS (quæ multoties ſunt contra ſtatum; ſed etiam in aliis rebus etiam utiliſſimis ac congruis (de quibus ſequitur alterum membrum) conſiſtere virtualiter poteſt? Neque dicas, tunc eſſe perinde, ac ſi in natura exſtaret: Falleris namque! Si exſtat in natura, competit rei vindicatio, ſine multis ambagibus executioni danda; ſi ſolummodò virtualiter, obtinet actio tantùm perſonalis multis difficultatibus, & in ſpecie SC. Macedoniano obnoxia, quoniam durante proceſſu adhuc ſubeſſe poteſt periculum, quod nullatenus metuendum, ſi ſit verſa in utilitatem patris.

Digitized by Google

ubi tamen advertendum, hoc fieri triplici modo: Ut ad certum finem utamur, quod indicat *Commodatum:* Ut ad libitum concedentis poſſit revocari, quod *Precarium* ſignificat: & Ut abuti liceat, quod obtinet in *Mutuo*: hic de Commodato, quod eſt *Contractus realis, quo res alteri ad certum uſum gratìs ea lege traditur, ut finito uſu in ſpecie juridica* (id eſt, eadem in individuo) *reſtituatur.* Eſt *bilateralis*, & ideò *bonæ fidei, juris gentium* (quod per cauſam efficientem Remotam exprimitur) utì expoſuimus *tit. priori n. 34.*

Cauſa efficiens ſunt contrahentes, Commodans, qui tradit ad uſum, & Commodatarius, qui accipit. Poſſunt autem hunc contractum inire, qui aliàs contrahere, & contrahendo obligari, de quibus recapitulentur dicta *tit. præced. n. 36.* Quod ad omnes contractus in ſpecie, ne antiquam crambem recoquere cogamur, repetitum volumus, ubique tantùm eos, qui hunc, vel illum contractum in ſpecie inire prohibentur, excepturi. Hic verò à regula generali nemo eſt exceptus. Si tamen res commodata ſit ei, qui contrahere aliàs non poteſt, ſaltem tenetur actione commodati utili ad rem, ſi exſtet, reſtituendam, vel, ſi non exſtet, in quantum factus eſt ditior, *vid. l. 1. §. fin. l. 2. & 3. ff. commod. vel contr.* Illud prima fronte abſonum videbitur, quod in *d. l. 1. §. fin.* dicatur, pupillum ex commodato non teneri, etſi pubes factus, dolum vel culpam admiſerit, cùm tamen dolus in nulla ætate excuſetur. Verùm benè ſe habet ſententia Ulpiani, quòd ſcilicet in ſimili caſu non competat actio, præſertim directa, ex contractu, qui ab initio nullus fuit, & talis manet: Nil tamen vetat, quin poſſit pubes conveniri rei vindicatione utili, ſi dolo deſiit poſſidere, *arg. l. 27. §. 3. ff. de R.V. & l. 131. ff. de R. J.* vel actione *L. Aquil. arg. l. 17. ff. ad exhib.* jungat. *l. 9. §. 2. ff. de minor. Voët. ff. commod. num. 3.* (a)

Objectum Commodati ſunt res, quæ commodari poſſunt: commodari poſſunt res omnes, ſive ſacræ (intellige ad uſus ſacros) ſive profanæ, ſive mobiles, ſive immobiles, ſive corporales ſive incorporales, ſive propriæ, ſive alienæ, dummodo poſſint finito uſu eædem reſtitui (vel quaſi, utì fit in incorporalibus, in quibus tamen faciliùs agitur actione præſcriptis verbis *l. 17. pr. ff. de præſcript. verb. Hub. b. num. 8.*) unde excluduntur res fungibiles, quæ non aliter, quàm dicis gratia, id 14

eſt,

(a) Ætas nec legis Aquiliæ, nec aliis actionibus ex delicto deſcendentibus ſubducitur, niſi quod poſſit minor per reſtitutionem liberari à pœna dupli præſtanda. *d. l. 9. §. 2. ff. de min.* Adeóque his actionibus convenitur, quamvis non ſit factus ditior; ſiquidem, ſi locupletior evaſerit, competit actio utilis ex ipſo contractu. *d. l. 3. pr. ff. commod.*

eſt, ùt explicat *Nood. ad tit. commod. poſt init.* non verè, ſed ſimulatè, vel ad pompam, ſeu oſtentationem, ùt ajunt, commodari poſſunt, *l. 3. §. fin. l. 4. ff. d. t.* Dixi: *tam propriæ, quàm alienæ*, quia hic non dominium, ſed uſus tantùm transfertur, *l. 8. & 9. ff. commod. vel contr. Voët. ibid. num. 1.* Quamvis enim, qui rem alienam commodatò tradit furtum committat, *arg. l. 54. ff. de furt.* ex eo tamen plus non ſequitur, quàm, quòd commodans illicitè, non autem invalidè agat. Minus eidem repetenti poterit opponi exceptio non competentis dominii, cùm imprimis ſit exceptio de jure tertii, quæ non admittitur, *arg. l. 25. ff. de locat.* Deinde ille non jure dominii, ſed contractûs, quem commodatarius inficiari nequit, repetit. Inde quoque ſequitur, quòd etiam prædones, & fures res tali vitio affectas commodare valeant, *vid. l. 14. 15. & 16. ff. commod.* ita tamen, ut Domino rem ſuam vindicanti non fiat præjudicium; ſed ei, præ deponente, res ſit reſtituenda, *Juſtitia* enim (eſt æquiſſimum effatum Tryphonini in notabili *l. 31. §. 1. ff. depoſ.*) *ſuum cuique ita tribuit, ut non diſtrahatur ab ullius perſonæ juſtiori petitione.*

15 Forma conſiſtit in requiſitis, & quidem (I.) requiritur, ut res tradatur ad certum uſum, per quod non tantùm diſtinguitur à *Precario*, ubi res traditur ad uſum incertum, & ad nutum concedentis revocabilem, ſed inſuper à *Depoſito*, & *Pignore*, ubi non uſus, ſed vel cuſtodia, vel ſecuritas ſolummodo reſpicitur, (II.) ut gratis concedatur, unde relucet differentia à *Locatione*, ubi ſolvenda eſt merces. Non tamen excluditur in commodato honorarium quod datur ex libera voluntate, neque debet eſſe, uti merces, uſui proportionatum. Quid, ſi ex poſt facto (ſi enim initiò, tranſit ſtatim in locationem, *§. 2. h. l. 5. §. 12. ff. commod.*) merces interveniat, fortè, quòd non ſtatim de mercede conventum fuerit, nec etiam gratis uſus conceſſus, adeóque conventum, ùt poſteà quid juxta æquitatem ſtatuatur? Eſt contractus innominatus, *l. 22. ff. de præſ. verb.* (III.) Ea lege, ut eadem reſtituatur in ſpecie, quæ apud Philoſophos audit *Individuum*: Et hoc modo ſecernitur à *Mutuo*, ubi tantùm res in genere, ſeu ſimilis reſtituenda. Adeóque periculum eſt mutuatarii, non item commodatarii, niſi culpa intervenerit, *vid. §. 2. h.*

16 Effectus alius proximus, alius remotus. Proximus eſt obligatio principalis, & minùs principalis. Principaliter obligatur Commodatarius, tum ad rem finito uſu in eodem ſtatu reſtituendam, *l. 3. §. 1. & 2. l. 10. pr. ff. d. t.* quod tamen ita capiendum, ut deterioratio ex uſu ordinario emergens Commodantem, non Commodatarium gravet, *arg. l. 10. princ. ff. d. t.* tum ad damna dolo, vel culpa data reſarcienda; ubi ſtatim, & primò

Ra-

Digitized by Google

Rogas, utrùm Commodans cenſeatur condonare deteriorationem, ſi rem deterioratam ſine proteſtatione recipiat? Negatur, quia nemo præſumitur in dubio jus ſuum jactare velle, *l. 25. ff. de prob.* præſertim, dum ſcit commodans ſibi conſuli actione directa, cùm res deterior reſtituta non cenſeatur reſtituta, *l. 3. §. 1. ff. h. t. Theſ. Jur. ff. eod. n. 44. Colleg. Argent. ibid. Theſ. 13.* Ulteriùs

Interrogas, quænam in Commodato præſtetur culpa? Repete, quæ diximus *ad præced. tit. num. 46.* & patebit ſolutio, Commodatarium nimirum teneri regulariter de culpa leviſſima, quia ſentit omne commodum (unde *ly exactam in §. 2. h.* neceſſariò ſumi debet pro exactiſſima. *Hopp. ibid.* Nota *ly ſanè exactam*, quod idem eſt ac exactiſſimam, ùt probat *laud. Nood. d. l. circa fin.*) Commodantem verò de lata tantùm, quia nullam exinde utilitatem ſentit, *vid. l. 5. §. 2. & ſeqq. l. 18. per tot. ff. eod.* Si non capias, quomodo commodans, qui durante commodato rem non habet, poſſit culpam committere; ad captum tibi reſpondebit Gajus *in d. l. 18. §. 3. ff. h. t.* ibi: *ſi quis ſciens* (idem ſi ex culpa lata, ſeu craſſa ignoraverit, *arg. l. 226. ff. de V. S.* de quo latiùs contra alios (a) videri poteſt *Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn ad tit. de commod. num. 17. & ſeq.* in noviſſima editione eſt *n. 24.* id, quod ſæpiùs recurret) *vaſa vitioſa commodavit, ſi ſibi infuſum vinum, vel oleum corruptum, effuſúmve eſt, condemnandus eo nomine eſt*, adjuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet, ita

(a) Contendunt illi, culpam latam hic nomine doli non comprehendi, moti potiſſimùm effato JC. in *l. 61. §. 6. ff. de furt.* ibi: *quin etiam paulò remiſſiùs circa interpretationem doli mali debere nos verſari, quoniam, ut dictum ſit, nulla utilitas Commodantis interveniat.* Ex quibus ſatis patere, ajunt, ſcientiam, dolúmve non niſi ex manifeſtis indiciis argui poſſe, nec continuò latam culpam dolo eſſe adnumerandam, cùm non ſua natura; ſed tantùm juris interpretatione dolus dicatur. Opus eſt (ajunt II.) ut Commodans ſciverit, vaſa eſſe vitioſa *l. 17. §. 3. l. 18. §. pen ff. commod.* (III.) Donans non præſtat, niſi dolum formalem *l. 62. ff. de ædil. edicto.* (IV.) Sibi imputet Commodatarius, quòd non meliùs rem exploraverit. Verùm, cùm culpa æquiparetur dolo, ceu patet ex dictis ſupra *tit. præced. num. 46. verſ. Tertia Regula*, nec non ex *l. 1. §. 1. ff. menſ. falſ. mod. dix. l. 29. pr. ff. mand. l. 1. §. 2. ſi is, qui teſtam. lib.* & ab hac regula Commodatum nullibi legatur abſolutè exceptum, idem de hoc, quod de aliis dicendum. Siquidem (*Ad primum*) *in d. l. 61. §. 6.* tantùm paulò remiſſiùs eſſe verſandum; non autem omninò remiſſum dicitur; Unde ſolùm infertur, in re commodata difficiliùs & rariùs dolum præſumi. Porro (*Ad alterum*) ſub ſcientia venit etiam ignorantia craſſa, ſupina, & maximè culpabilis. *l. 6. ff. de J. & F. ign.* Paritas de donatione (*Ad tertium*) pariter non facit ad rem, cùm in hac major, quàm in illo verſetur liberalitas. Quid autem, ſi negaretur, ut poſſet, aſſertum? Limitamus tamen & nos (*Ad quartum*) caſu quo Commodatarius ipſemet etiam fuerit in culpa, ùt, ſi fortè præſens potuerit vitium rei, utpote non latens, adhibita debita diligentia advertere.

Digitized by Google

ita monente Paulo in *l. 17. §. 3. ff. d. t.* Dixi: *regulariter.* Limitatur enim, ſi reſpiciat utilitatem utriusque, ùt, ſi communem amicum invitaverimus, & tibi curam ſuſcipienti argentum commodavi, tunc uterque præſtat culpam levem; & in caſu quo tantùm reſpicit utilitatem Commodantis, puta, ſi ſponſæ tuæ, ut ornatior ad te veniret, commodâſti ornamenta, qua illa nullatenus (res fortè rara in muliere!) ambierat. Tu leviſſimam, illa latam tantùm præſtabit, *vid. d. l. 5. §. 2. & 10. ff. eod.* Dictis non obſtat, quòd in precario, eſto reſpiciat commodum ſolius accipientis, nihilominus præſtetur culpa tantùm lata, *l. 8. §. 3. ff. de precar.* Nam res ſalva eſt: Precarium eſt ad nutum revocabile, *l. 1. l. 2. §. 2. l. 12. ff. d. t.* conſequenter non potuit accipiens ita gravari, ſicut Commodatarius, qui non tenetur reſtituere, niſi finito uſu, vel tempore convento.

Solet hic diſceptari, quasnam res Commodatarius orto incendio (idem de emergente ruina, vel tumultuante naufragio dicendum) ſalvare teneatur? Ubi imprimis ſupponendum, ortum fuiſſe incendium absque ejus, de qua tenetur, negligentia, ſeu culpa. Sunt, qui indiſtinctè præferunt res proprias, quia ordinata charitas incipit à ſe ipſa, *arg. l. 6. C. de ſerv. & aq. Voët. d. l. num. 4.* cum aliis contendit, debere indiſtinctè Commodatarium præferre res commodatas. Id, quod ſatis apertè innuere videtur Ulpianus in *d. l. 5. §. 4. ff. commod. Proinde*, inquit, *& ſi incendio, vel ruina aliquid contigerit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur* (Commodatarius) *niſi fortè, cùm poſſet res commodatas ſalvas facere, SUAS PRÆTULIT.* Si enim Depoſitarius, qui nullum ſentit commodum, non poteſt ſalva fide minorem diligentiam rebus depoſitis, quàm ſuis impendere, *l. 32. ff. depoſ.* multò minùs illud poterit Commodatarius, qui habet omnem utilitatem, ac ad majorem, quàm in propriis, tenetur diligentiam, utì notat Paulus in *l. 3. ff. de per. & commod. rei vend.* Jam hi textus non diſtinguunt inter res pretioſas, vel minùs pretioſas. Nobis ambo extrema diſplicent, placet igitur utrique moderamen apponere: Si in rebus commodatis ſalvandis commiſerit culpam leviſſimam, ita, ut, ſi fuiſſet diligentiſſimus, tam ſuas, quàm commodatas liberare potuiſſet, haud dubiè tenebitur de commodatis, etſi ſuis, quas liberavit, ſint minùs pretioſæ: multò magis, ſi commodatæ ſint ſuis pretioſiores. Eſt enim contra ipſum maxima præſumptio, quòd accuratior fuerit in ſuis, quàm alienis, videlicet commodatis. Poterit tamen hæc præſumptio elidi ex circumſtantiis, ſi appareat, difficiliùs potuiſſe pervenire ad commodatas, quàm ſuas. Cæteris paribus autem, id eſt, ſi adhibita exactiſſima diligentia tam ſuas,

quàm

Digitized by Google

quàm commodatas liberare non poſſit, admittimus, poſſe proprias liberare, ſi ſint magis, vel æquè pretioſæ, aut etiam, ſi minori periculo eas incendio ſubtrahere valeat. ita, ſuadet ordinata charitas, quæ à ſe ipſa incipit: ad hæc tenetur ùt bonus paterfamilias, bono autem patrifamilias vix imputari poterit, quòd liberaverit pretioſiores, aut æquè pretioſas. Admittes hoc; ſed dices, teneri Commodanti ad minùs pretioſas, quas periculo reliquit, reſarciendas: verùm hoc gratis infertur: hoc ipſo, quòd non egerit contra officium boni viri, nihil ei imputari poteſt, ſed potiùs caſui, de quo ille non tenetur: & ſic procedet regula ex *l. 9. C. de pign. act.* deſumpta, quòd res pereat ſuo domino. Dabis etiam hoc, ſed ita, ut dominus habeat regreſſum quoad æſtimationem contra Commodatarium; uti rationibus non contemnendis defendit *Cocc. ff. commod. quæſt. 9.* Sed hoc ipſum conſtanter negamus, quia liberando res pretioſiores nullam culpam commiſit, hoc ipſo, quòd ipſe *Coccejus* admittat, poſſe liberare magis pretioſas: ſi non placet, ſequere per nos opinionem *cit. Cocc.* utpote ſatis probabilem. Nec interim, movent fundamenta *Voëtii*, ſiquidem *l. 5. §. 4.* interpretationem recipit, ſi alienis non adhibuit exactiſſimam diligentiam, qua etiam commodatas liberare potuiſſet, quod in dubio præſumendum. Vel etiam dici poteſt, JCtum intellexiſſe de caſu, ubi propriæ erant minùs pretioſæ: *Lex 32. ff. depoſ.* ad præſentem quæſtionem ineptè trahitur, cùm loquatur de eo, qui parùm eſt diligens: ibi: *ſi quis NON ad eum modum, quem hominum natura deſiderat, diligens eſt;* ille haud dubiè non poteſt ſalva fide minorem diligentiam impendere rebus alienis, quàm propriis, &, ſi hoc fecerit, fraude non caret. Id, quod additur, planè vagatur extra oleas, cùm, ſi fuit accuratiſſimè diligens, quod nos requirimus, fruſtra ab eo exigitur major diligentia in commodatis, cùm aliunde ſupponamus, adhibuiſſe omnem diligentiam (in ſenſu tamen vulgari, & juxta communem hominum æſtimationem) poſſibilem. Paulò aliter circa hanc materiam diſcurrit *cit. Clariſſ. D. P. Coll. Böckln ubi ſup. num. 11. & ſeqq.* (a) Imò quandoque nullatenus tenetur; puta, ſi res peritura fuiſſet etiam apud Commodantem, fortè, quòd etiam ejus ædes, ac res eodem incendio, vel ruina perierint, *arg. l. 14. §. 1. ff. depoſ.* Quid, ſi commodatas, utpote pretioſiores, cum propriarum diſpendio liberaverit, num contra Commodantem regreſſum habeat? Reſpondetur negativè, quoniam ex dictis

P te-

(a) In Editione noviſſ. operis eſt *num. 16.* ubi *num. ſeq.* advertit, quòd ſi Commodatarius meras res proprias incendio ſurripuerit, & velut ſtudioſè ſelegiſſe viſus fuerit, relictis planè commodatis, de his omnino teneatur, & de hoc caſu intelligi vult. *cit. l. 5. §. 4. ff. d. t.* Limitandum rurſus putamus, ſi ad proprias faciliùs, quàm commodatas incendio fortè proximiores pervenire potuerit.

tenetur cæteris paribus liberare res pretioſiores, & in ordine ad commodatas, aliunde tenetur ad diligentiam exactiſſimam. Limitatur, ſi planè diligentiam extraordinariam, quam alius etiam communiter diligentiſſimus non impendiſſet, adhibuerit, ita, ut cùm notabili ſuo periculo Vulcano ſubtraxerit, ſuiſque, quas faciliùs liberare potuiſſet, prætulerit, dignum quippe, & æquum videtur, ut hæc ſpecialis induſtria compenſetur. Rurſus

Sciſcitaris, quem tangat damnum à tertio in re commodata datum, ùt ſi ſtabularius equum ſibi à Commodatario commiſſum neglexerit? Regulariter Commodantem, *quâ enim curâ* (exclamat Julianus in *l. 19. ff. d. t.* cui non diſſentit, ùt quidam putant, ſed optimè conſonat Ulpianus in *l. 41. ff. locat.*) *aut diligentiâ conſequi poſſumus, ne aliquis damnum nobis injuriâ det.* Limita cum Ulpiano in *d. l. 41.* ſi Commodatarii culpa præceſſerit, fortè, quòd diligentiùs cuſtodiri res potuerit, vel negligentem cuſtodem elegerit, & ita ſalvabis horum textuum concordiam. Minùs principaliter obſtringitur Commodans ad ſervandum Commodatarium indemnem, ſi fortè iſte expenſas extraordinarias (ordinariæ enim cum uſu compenſantur) fecerit, *d. l. 18. §. 2. ff. commod.* vel res vitioſas commodaverit, *d. l. 18. §. 3. l. 22. ff. eod.*

17 Effectus Remotus eſt Actio Commodati directa, & contraria. Illa eſt Actio perſonalis, qua Commodans agit contra Commodatarium, ut ſuæ obligationi, de qua *num. priori*, ſatisfaciat. Iſta competit Commodatario contra Commodantem, ut ſervetur indemnis. Utraque eſt *Perſonalis*, quia oritur ex obligatione, ſeu jure ad rem. *Civilis* à jure nempe civili inventa, à Prætore tamen in *l. 1. pr. ff. d. t.* approbata. *Rei perſecutoria*, quia non pœnam, ſed id, quod verè ex patrimonio noſtro nobis abeſt, perſequimur, bonæ fidei, quia eſt ex contractu bilaterali. *Perpetua* (id eſt durans 30. annis) quia eſt civilis. Vulgaris hic quæſtio ſupereſt, num Commodans poſſit ante finitum uſum, ſeu tempus conventum rem commodatam repetere, ſi ipſemet præter ſpem (nam non poſſe regulariter, ſatis notum eſt ex *l. 17. §. 3. ff. d. t.*) indigeat? Negativam amplexus eſt *Voët. ff. eod. num. 9.* ſed abſque ſufficienti ratione. Si enim licet locatori in ſimili caſu res locatas à conductore, non obſtante, quòd pro caſu mercedem ſolvat, repetere, *l. 3. C. de locat.* multò magìs licebit illam repetere à Commodatario, qui rem gratìs ad uſum habet. Reponit quidem Voëtius, quòd conductor uſu carens mercedem viciſſim retineat, atque ita levius damnum ſentiat, at Commodatarius per ablatum maturiùs rei commodatæ uſum gratuitum graviorem ſubeat læſionem. Verùm, cur debeamus magis gratificari Commoda-

ta-

tario, quàm conductori non videtur. Et, licèt conductor uſu carens mercedem retineat (duriſſima quippe eſſet abſque uſu ſolutio) tamen ei durum accidit, quòd debeat rem ante tempus, vel uſum conventum reſtituere; & nihilominus debet reddere: Cur? non alia ex ratione, quàm, quia, ſi locator hunc caſum prævidiſſet, non præſumitur conſenſiſſe, ſed potiùs propriam indigentiam alienæ prætuliſſe; ſed hæc ratio etiam pugnat in Commodato, uti conſideranti patebit. Sanè, ſi juxta Voëtium, ideo poteſt locator revocare rem locatam, quia conductor uſu carens penſionem retinet, poterit quoque venditor, etiam invito emptore, rem venditam repetere, & pretium emptori relinquere, quod ſalvis juris principiis vix quiſquam admittere poterit. Ad illud, quod dicunt, non licere mutare conſilium in præjudicium alterius: Negatur ſuppoſitum, quòd commodans conſilium mutet, cùm in hunc caſum non præſumatur conſenſiſſe, ſed tacitè prætuliſſe propriam indigentiam. Unde nec valet paritas de donatione, quæ etiam ob inſperatam indigentiam revocari nequit, quia ibi abſolutè dominium transtulit, nil ſibi circa rem illam retinendo, quod dici non poteſt de Commodato, ubi retento dominio, tantùm uſum in alterum transfert, & hoc ipſo indicat ſe alterô magis diligere. Et hanc ſententiam poſt *Zoëſ. ad cit. tit. num. 20. & alios* defendit *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. n. 12.*

§. III.
De Depoſito.

RE contrahitur obligatio (III.) traditione rei ad cuſtodiam, quæ DEPOSITUM (à ponendo *l. 1. ff. depoſ.*) dicitur. Eſt autem Depoſitum in genere *Actus, quo res gratis cuſtodienda traditur.* Dixi notanter: *Actus*, Depoſitum quippe in genere vix tutè contractum dixeris; nam, ſi res litigioſa juſſu judicis tertio ad cuſtodiam tradatur Depoſiti ſpecies eſt, non tamen propriè erit contractus, cùm ſæpè deficiat conſenſus, tum litigantium, tum etiam illius, cui in cuſtodiam traditur. Hinc dividitur in Depoſitum in ſpecie, & ſequeſtrum. De hoc infra: Depoſitum in ſpecie *eſt contractus realis, quo res non litigioſa, vel litigioſa quidem, ſed ab uno litigantium gratis cuſtodienda traditur, ea lege, ut, finitâ cuſtodiâ (ſeu meliùs) quandocunque deponenti placuerit, reſtituatur.* Prædicata habet, quòd ſit juris gentium, per accidens bilateralis, bonæ fidei. Eſt aliud rurſus Voluntarium, aliud Neceſſarium, quod & Miſerabile nuncupatur. *Illud* eſt, quando extra caſum neceſſitatis res cuſto- 18

Digitized by Google

diæ gratiâ traditur. *Hoc dicitur*, quando urgente neceſſitate v. g. incendii, naufragii, aut ruinæ res cuſtodienda traditur. Differentia notabilis intercedit, quòd in poſteriori (jure antiquo indiſtinctè, ùt probat *Heinec. Antiq. Rom. h. §. 31.*) ſi Depoſitarius de mendacio, ſeu dolo convincatur, in duplum ſit condemnandus, *l. 1. §. 1. & 4. ff. depoſ.* quia in ejusmodi depoſito, ubi facultas eligendi fidem deficit, *creſcit perfidiæ crimen, & publica utilitas* (ita notat Ulpianus in *d. l. 1. §. 4.*) *coërcenda eſt vindicandæ Reipublicæ causâ, eſt enim inutile* (imò maximè inhumanum) *in cauſis hujusmodi fidem frangere.* Accedit, quòd afflictis non ſit addenda afflictio.

Dividitur ulteriùs in Regulare, & Irregulare. *Prius* eſt, quando res nudæ cuſtodiæ causâ traditur. *Poſterius*, quando vel expreſsè, vel tacitè (ùt, ſi pecunia non obſignata deponatur) conceditur uſus, ita, ut, ſi res ſit non fungibilis, participet aliquid de natura commodati; ſi fungibilis accedat ad mutuum, imò quandoque in illud transformetur. Ubi medio diſtinctionis progrediendum: Si ad inſtantiam, ſeu petitionem Depoſitarii uſus conceſſus ſit, & conventum, ut poſt certum tempus tantundem reſtituatur, non manet depoſitum, ſed in mutuum tranſit, *arg. l. 9. §. fin. ff. de R. C.* Dixi, ut *poſt certum tempus*, ſi enim deponens ad nutum poſſit repetere, manet depoſitum, ſed irregulare, *arg. l. 25. & 26. §. 1. ff. depoſ.* Ratio diverſitatis eſt, quia, ſi ad certum tempus ſit reſtricta obligatio reſtituendi, potiùs reſpicitur utilitas accipientis, quàm tradentis: Econtrà, ſi ad nutum poſſit repeti, attenditur principaliter commodum deponentis, hinc adhuc manet depoſitum, ſed irregulare, quoniam in regulari debet eadem res reſtitui, *§. 3. Inſt. h.* Quòdſi deponens motu proprio uſum conceſſerit, interim, & donec pecunia fuerit mota, manet depoſitum, quia non ſcitur, num Depoſitarius velit pecuniis uti, vel illas in nudis terminis depoſiti relinquere, *l. 10. ff. de R. C.* ſi verò uſus ſit, tranſit in mutuum, niſi rurſus ad nutum deponentis pecunia (ſeu tantundem) ſit revocabilis, *arg. d. l. 25. §. 1. & l. 26. §. 1. ff. depoſ.* Neque credas, à ſe ipſo diſſentire Papinianum in *l. 24. ff. d. t.* ubi etiamſi accipiens, ſe mutuum reſtituturum, promiſerit, ibi: *quæ quando voles, & ubi voles confeſtim numerabo*, nihilominus ait: *ea res egreditur notiſſimos depoſiti terminos, & ideo, cùm depoſiti actio non teneat, rationem uſurarum haberi, non facilè dicendum eſt*; Et cur? non alia ex cauſa, quàm, quòd in mutuum transeat, ubi ex mox dicendis non debentur uſuræ: Nam, ſi textum accuratè perpenderis, non negat deberi uſuras, ſed in medio relinquit, durúmque reputat, ex nulla mora deberi etiam in depoſito uſuras, ibi: *ſed contra bonam fidem, & depoſiti* (ergo manet depo-

Digitized by Google

poſitum) *naturam eſt uſuras deſiderare temporis ante moram. Voët. ff. depoſ. n. 1.* alia diſtinctione his textibus occurrit, atque, ſi ſimpliciter actum fuerit, ut tantundem reſtituatur, etſi implicitè ſit uſus conceſſus, manere depoſitum: in mutuum verò transire, ſi nominatim de uſu fuerit conventum. Tantum autem intereſt, ſcire, utrùm ſit depoſitum, vel mutuum, quanta intercedit inter hæc duo diſtantia: Mutuum eſt contractus ſtricti juris, adeóque non debentur uſuræ, niſi in ſtipulationem fuerint deductæ, *l. 3. C. de uſur. arg d. l. 24. ff. depoſ.* Depoſitum eſt bonæ fidei, & ideo debentur uſuræ à tempore moræ, *l. 24. ff. de præſ. verb.* in mutuo fit mutuatarius dominus, eique ex conſequenti res perit; non etiam in depoſito: In mutuo eſſentialiter reſtituenda eſt res ejusdem generis, in depoſito eadem omnino, vel, ſi ſit irregulare, tantundem quidem, ſed per accidens, & contra ejus naturam reddendum, *arg. d. l. 25. §. 1. ff. depoſ.* Quænam verò inter depoſitum regulare, & irregulare ſit diverſitas, apparet ex dictis, quatenus in illo eadem ipſa res reſtituenda, nec depoſitarius uſum habet; in hoc (ſuppoſito, quòd depoſitum ſit res fungibilis) tantundem, cùm uſum habeat, eóque conſumatur. Illud non audemus dicere, ùt nonnulli faciunt in depoſito irregulari ſtatim, atque indiſtinctè dominium, & ita periculum in depoſitarium transire, cùm ſæpè non conſtet, num depoſitarius velit pecuniâ uti, vel non, *arg. d. l. 10. ff. de R. C.* quo caſu falſum eſt, dominium ſtatim in depoſitarium transire, unde durum ei accideret, ſi ſtatim, & mox ejus periculum ſubire deberet. Hoc itaque ſolummodo verum eſt, ſi depoſitarius, manente obligatione, quandocunque deponenti placuerit, reſtituendi, uſum petierit, vel caſu quo deponens obtulit, & depoſitarius pecuniâ uti cœperit. Veluti ſapienter monet *Stryck. de caut. contr. Sec. 2. C. 3. §. 9.* Datur etiam depoſitum juris, quando ſcilicet debitor ob moram creditoris in accipiendo, pecuniam debitam in judicio deponit, præviâ legitimâ, & reali obligatione, *vid. l. 19. C. de uſur. l. 9. C. de ſolut.* Hæc tamen acceptio non eſt hujus loci, quia hoc depoſitum tendit ad obligationem ſolvendam, noſtrum verò ad inducendam: in depoſito juris periculum eſt creditoris, non deponentis; in verè tali eſt penes deponentem. *Ludov. in Theſ. Jur. depoſit. vel contr. n. 52.*

Cauſa Efficiens Remota eſt (ſicut in aliis omnibus contractibus excepta ſtipulatione, & contractu literali, quod non ampliùs repetemus) Jus Gentium: Proxima ſunt contrahentes, Deponens, & Depoſitarius: Poſſunt autem deponere, & depoſitum accipere, qui aliàs contrahere, & contrahendo obligari: hinc minùs accuratè (quod miramur) *D. D. Frans p. m. h. n. 8.* admittit, poſſe pupillum depoſitum ſuſcipere ſine au- 19

 tho-

thoritate tutoris; cùm hoc nullibi legatur, licèt enim teneatur ex dolo, vel in quantum factus eſt ditior, *l. 1. §. 15. ff. depoſ.* ex eo tamen malè infertur, poſſe de jure depoſitum ſuſcipere: aliàs ex data ratione cogeris admittere, pupillum poſſe omnes contractus inire, cùm in omnibus teneatur ex dolo, vel in quantum eſt factus ditior.

20 Objectum ſunt res, quæ poſſunt deponi: deponi verò poſſunt res omnes, quæ indigent cuſtodia, vel ne auferantur, vel ne deteriorentur. Adeóque (quidquid contra ſentiat *Hub. h. n. 12. & Hopp. ibid.*) Neque excluduntur res immobiles, cùm nulla poſſit oſtendi implicantia, imò & res immobilis indigeat cuſtodiâ, ne fiat deterior. Hoc optimè intellexit Alfenus, dum in *l. 11. ff. de per. & commod. rei vend.* memorat de diligentia in INSULA cuſtodienda, quam debent homines frugi, & diligentes præſtare. Gratis autem, uti opinamur, ſupponit *Hopp.* tantùm cuſtodiam *rei*, quæ requiritur, ne auferatur, non autem *circa rem*, depoſitum facere, cùm hoc nulla juris authoritate probare, multò minùs ſolida diſparitatis ratione roborare valeat. Ajunt quidem *laudat. Authores*, cuſtodiam rei immobilis, cùm factum, nimirum reparationem, vel quid aliud requirat, transire in mandatum, uti innuit Paulus in *l. 5. §. 4. ff. de P. V.* Sed gratis rurſus hoc dicunt. Fac enim, me ad aliquot tantùm dies emanſurum, claves vicino tradere, ut cuſtodiam habeat mearum ædium, ne fortè ventus irruat, ne incendium exoriatur &c. quânam amabo? reparatione erit, per ſe loquendo, opus, vel quonam factô? Deinde dato, quòd intercedere deberet factum aliquòd, an hoc obſtabit depoſito? Profectò ex eo, quòd in aliis contractibus v. g. in commodato, mandato, pignore cuſtodia requiratur, nemo dicet, hos contractus transire in depoſitum, ergo etiam ex eo, quòd in depoſito rei immobilis factum quoddam (quod eſt mandato proprium) intercedere ſoleat, fruſtra dicitur, transire in mandatum, quoniam, ſicut ibi cuſtodia ſe habet per accidens, & ex conſequenti, ita hìc intervenit factum tantùm accidentaliter, & ex conſequenti, primariò autem attenditur cuſtodia; quippe in quolibet contractu initium ſpectandum eſt, *l. 12. in fin. ad SCtum Maced. l. 8. in fin. pr. ff. mand.* Quòd autem in ſubſidium vocetur Paulus in *d. l. 5. §. 4. ff. de P. V.* vix non ei fit injuria, cùm ibi nec jota habeat de re immobili, ſed hoc tantùm decidat, poſſe etiam mandari cuſtodiam. Verba pro ſententia adverſa hæc ſunt: *Poſſum etiam tibi mandare, ut & cuſtodiam mihi præſtes, & non plus impendas in exigendo, quàm decem.* Paulus nil aliud indicare contendit, quàm quòd, eſto mandatum ex natura ſua cuſtodiam non reſpiciat, tamen poſſit etiam mandari cuſtodia, in verbis antecedentibus: *Et poteſt mandatum ex pacto*

etiam

Digitized by Google

etiam naturam ſuam excedere, cuſtodiam ſcilicet recipiendo, uti in verbis ſequentibus, mox anteà relatis, datur intelligere: Jam quis ſana ratione exinde inferat, ubicunque intervenit cuſtodia mandatum fieri? Neque decrepitum illud argumentum aſſenſum meretur, quòd depoſitum nuncupetur à ponendo, quod rebus immobilibus non quadrat. Equidem, quamvis res immobiles non poſſint poni de loco in locum, poſſunt nihilominus poni, ſeu commendari ad cuſtodiam, quid autem eſt commendare, niſi deponere, ait JC. in *l. 24. circa med. ff. depoſ. l. 186. ff. de V. S.* ibi: *Commendare nihil aliud eſt, quàm deponere.* Sed de hoc ſatis.

Quæris, num depoſita re principali cenſeantur depoſita acceſſoria, v. g. num depoſito equo ſit etiam depoſitum capiſtrum, vel frœnum. Id, quod expreſsè negat Ulpianus in *l. 1. §. 5. ff. depoſ. quæ depoſitis rebus accedunt*, inquit, *non ſunt depoſita, ut puta, ſi homo veſtitus deponatur, veſtis enim non eſt depoſita, nec ſi equus cum capiſtro, nam ſolus equus depoſitus eſt.* Neque hoc ſine ratione; depoſitum enim debet ſtrictè interpretari, ne depoſitarius, qui nullum ex depoſito commodum ſentit, nimis gravetur. Verùm quid hoc? Nónne juxta eundem JCtum in *d. l. 1. §. 23.* depoſitum eſt contractus bonæ fidei, cujus natura eſt, ut etiam de illis ratio habeatur, de quibus nulla eſt facta mentio. Non renuimus: eſt bonæ fidei, ſed non quoad rem depoſitam, ſed quoad reſtitutionem, ſeu præſtationem ejus, quod intereſt, ob commiſſam moram, vel deteriorationem, nec non quoad fructus, & acceſſiones (puta alluviones, accretiones, *vid. d. l. 1. §. 24.*) imò etiam, quoad reſtitutionem acceſſorii, ſi exiſtat. Hinc patet, non benè fieri paritatem à commodato, ubi non tantùm rei principalis, ſed & acceſſoriæ cuſtodia præſtanda eſt, *l. 5. §. 9. ff. commod.* quia commodatarius in commodato ſentit omne commodum, conſequenter ei durum accidere non debet, ſi etiam acceſſoria ejus cuſtodiæ commiſſa ſint. (a)

For-

(a) Hæc ſententia tamen limitanda eſt, ſi ciſta ſit depoſita; ubi non tantùm ciſta ipſa; ſed & res in ea contentæ cenſentur depoſitæ, eſto de iis nulla fuerit facta mentio. Ita ad quæſtionem propoſitam poſt Labeonem contra Trebatium reſpondet Ulpianus in *d. l. 1. §. 41. ff. depoſ.* Principalis quippe deponentis intentio eſſe præſumitur voluiſſe res potiùs, quàm ciſtam cuſtodiri. Sed qui conſtabit, ſi ſupponamus, ùt habet textus, ciſtam fuiſſe ſignatam; quænam res fuerint contentæ? Deponens contendit res plures deeſſe, depoſitario vel ignorantiam, vel innocentiam allegante: Similis caſus fuit per multos annos magnis partium expenſis hic tam in prima quàm ſecunda Inſtantia ventilatus; nec ſine difficultate! Si enim probationes deficiant: An reo juramentum deferas? Periculoſum eſt, cùm ſi fuit impius ad res ſubvertendas, erit etiam effrons ad pejerandum. Imò ille poteſt eſſe in facto alieno, dum ciſta fuit clauſa tradita. An deponenti? At nihil probavit, nullâque præſumptione munitus eſt;

hinc

Digitized by Google

21 Forma conſiſtit in traditione rei cuſtodiæ gratiâ, per quod differt ab omnibus aliis contractibus: & quidem gratis. Quapropter, ſi merces interveniat, transformatur in in locationem-conductionem; &, ſi quid aliud, erit contractus innominatus, Facio, ut Des, Accipio in cuſtodiam, ut Des, *l. 1. §. 8. & 9. ff. depoſ.* Non tamen obſtat honorarium argumento eorum, quæ ſuprà de commodato *n. 15.* dicta ſunt. Caveat tamen, qui pro cuſtodia quid dat, vel promittit, &, niſi velit amittere privilegia, quæ depoſito inhærent (a), proteſtetur, ſe per datum, vel promiſſum (non ùt mercedem, ſed ùt honorarium) nolle recedere à ſubſtantia depoſiti. Quo igitur fine deponens aliquid dat, vel promittit? Fortè, ut depoſitarium adſtringat ad majorem diligentiam: ſiquidem ſtante contractu depoſiti, tenebitur de culpa ſaltem levi, *arg. l. 5. §. 2. ff. commod. c. 2. de depoſ. Stryck. loc. cit. §. 12.* Notari hic velim, depoſitum magnam cum mandato habere affinitatem, ita, ut quandoque vix poſſint diſcerni, indéque non rarò apud veteres dubitatum fuerit, num actio mandati, vel depoſiti competat, ùt puta, ſi Procurator inſtrumenta ad cauſam inſtruendam data non reſtituat, ubi tamen prævaluit actio mandati, *l. 8. ff. mand.* Item, ſi te rogem, ut pecuniam meo nomine receptam cuſtodias, vel dedi tibi rem ad alium perferendam, & ille non receperit, tu verò cuſtodias, de quibus *vid. d. l. 1. §. 11. 12. & 13. ff. depoſ. Voët. ib. n. 2.*

22 Effectus proximus eſt obligatio utriusque contrahentium. Obligatur autem principaliter & per ſe depoſitarius, (I.) ad rem cuſtodiendam, (II.) ad illam, quandocunque deponenti libuerit, adeóque etiam ante lapſum termini reſtitutioni fortè adjecti, cum omni cauſa (id eſt, fructibus, & acceſſionibus, *l. 1. §. 24. ff. depoſ.*) reſtituendam, *d. l. 1. §. 11.*

hinc deficit fundamentum juramenti ſuppletorii, quod ſaltem aliquam probationis ſpeciem, juxta communiorem, præſupponit Nos rem non decidimus, ſed remittimus prudentis judicis arbitrio, qui pro exigentia circumſtantiarum, pro qualitate perſonæ tum deponentis, tum depoſitarii, nec non pro qualitate loci, ubi ciſta fuit inventa judicabit: cæteris paribus aſſerenti incumbet probatio: Illud lubentiſſime damus, ſi ciſta fuerit clauſa depoſita & poſtea aperta apud depoſitarium inventa, maximam contra illum militare præſumptionem doli, præſertim ſi alii tam facilem ad ciſtam non habuerint acceſſum, nec deponens durante tempore depoſiti ad illam acceſſerit, vel aperuerit. Quapropter conſultum erit, ſi ab initio depoſiti res depoſitæ oſtendantur, & recognoſcantur, ita optimè monente Stryck. *de cauſ. contr. Sect. 2. c 3. §. 7.*

(a) Quænam iſta? Quod non poſſit depoſitum petenti opponi compenſatio. *l. ult. C. depoſ.* Quòd ſi res extet imminente concurſu creditorum jure ſeparationis deponens rem ſuam repetat; Vel ſi perierit (ex culpa lata) gaudeat privilegio perſonali in ordine ad petendam æſtimationem, & ita præferatur creditoribus ſimplicibus in ultima claſſe venientibus, uti traditur in Pandectis.

Digitized by Google

§. 11. ff. eod. quia terminus intelligitur tantùm adjectus in favorem deponentis, *l. 1. §. 45. ff. d. t.* (III.) ad damna dolo, vel culpa (lata, quia nullum ſentit commodum, *vid. §. 3. h.*) reſarcienda: Tenetur itaque depoſitarius de culpa lata tantùm. Excipe (I.) ſi profiteatur artem, quo caſu leviſſimam præſtat, *arg. l. 3. §. 1. ff. naut. caup. ſtab.* Idem dicendum (II.) ſi ſe offerat, & deponens facilè diligentiorem invenire potuerit, *arg. l. 1. §. 35. ff. depoſ.* quòdſi diligentiorem non tam facilè inveniſſet, præſtabitur lata & levis, ita capimus *c. 2. de depoſ.* Imò, quandoque res depoſita periculo depoſitarii eſt, puta, ſi rem empturus mutuum à me peteres, ſed non aliter, quàm, ſi res empta fuerit, ego verò, cùm eſſem profecturus, tibi hanc pecuniam ea lege deponerem, ut emptione ſecuta, crediti nomine mihi eſſes obligatus, depoſitum hoc (irregulare) tuo eſt periculo, qui eſt caſus, *l. 4. pr. ff. de R. C.*

Quid, ſi depoſitarius in ſuis rebus ſit diligentiſſimus, utrùm eâdem diligentiâ teneatur cuſtodire res depoſitas? Dixeris cum *DD. Gletle part. 3. Pand. c. 14.* quem ſecutus eſt *D.D. Franz h. n. 22.* quòd ſic, quia nemo poteſt *ſalva fide minorem iis* (depoſitis) *quàm ſuis rebus diligentiam præſtare.* Eſt reſponſum Celſi in *l. 32. ff. depoſ.* conſequenter, ſi quis non ad ſuum modum res depoſitas cuſtodierit, jam committit culpam latam, ùt vocant, in concreto, ſeu reſpectivè talem, quatenus, cùm in ſuis rebus ſit diligentiſſimus, & eadem diligentia non tractet res depoſitas, videtur quodammodo doloſè agere, adeóque committere culpam reſpectu ſui latam. At durum eſt, depoſitarium ex eo, quòd in ſuis rebus ſit diligentiſſimus, ſtatim condemnari, vel adſtringi ad eundem diligentiæ gradum in rebus depoſitis, in quibus nullam ſentit utilitatem. Et quamvis deponens ſtudiô diligentiorem depoſitarium elegiſſe præſumendus ſit, *arg §. fin. de ſociet. & l. 72. ff. pro ſoc.* vix tamen poterit æqua fronte eundem omninò gradum diligentiæ, nempe accuratiſſimæ, exigere, vel depoſitarius ad illum ſe obligare ita cenſendus erit, ut, eô omiſſô, mox de dolo præſumpto (qui prædicatur de culpa lata) argui poſſit. Si enim hoc, quis, amabo! diligentiſſimus rem cuſtodiendam accipiet? Illud libentiùs dabimus, ejusmodi diligentiſſimum patremfamilias committere culpam latam in concreto, ſi in rebus depoſitis neque mediocrem diligentiam impenderit: Profectô talis, utpote in exactiſſima diligentia, ut ita dicam, habituatus, in alienis autem neque mediocrem adhibens, videtur egredi terminos ſinceri patrisfamilias, & ita incidere in dolum præſumptum, ſeu committere culpam latam concretivè, ſeu reſpectivè talem: Mediâ hâc viâ ſervabis regulas æquitatis non ſtatim à leviſſima culpa in abſtracto ad latam in concreto, ſed gradatim ad levem,

Digitized by Google

quæ reſpectivè lata erit, deſcendendo absque eo, quòd impingas in effatum Celſi in *d. l. 31. ff. depoſ.* quæ nullatenus loquitur de eo, qui diligentiſſimus eſt, ſed de eo, *qui non ad eum modum, quem hominum natura deſiderat, diligens eſt.* Haud dubiè talis non poteſt ſalva fide minorem rebus depoſitis diligentiam impendere, quàm ſuis, aliàs planè nullam diligentiam impenderet. Occurres, uti prævideo, ac inquies, hanc ſententiam, non minùs, ac priorem procedere contra communes regulas juris, quibus cavetur, depoſitarium tantùm teneri de culpa lata, *§. 3. h. arg. l. 5. §. 2. ff. commod. & l. 23. ff. de R. J.* Admittimus datam regulam, & dicimus, talem committere culpam latam in concreto, ſeu reſpectivam; licèt enim in ſe, utpote omiſſio diligentiæ mediocris tantùm ſit culpa levis, reſpectu tamen ad diligentiſſimum erit culpa lata. Si regerere placeat, hoc etiam dici poſſe de omiſſione diligentiæ accuratiſſimæ, adeóque hanc reſponſionem nos ipſos premere: Negamus aſſertum, cùm utique omiſſio diligentiæ exactiſſimæ non ſit eadem cum omiſſione exactæ tantùm, ſitque gravior deſcenſus à leviſſima in abſtracto ad latam in concreto, quàm à leviſſima ad levem, quæ in concreto lata dici poteſt: utique culpa levis in ſe faciliùs, quàm leviſſima, lata in concreto dici poterit, cùm huic illa, quàm iſta ſit proximior. Huc optimè quadrant ea, quæ habet *Illuſtr. D. Coll. de Herz de fide pact. c. 5. ſect. 1. §. 1. n. 16.*

Redit hic eadem quæſtio, quæ in commodato: Num depoſitarius, ortô incendiô, vel aliô periculô, poſſit proprias depoſitis præferre? Suppoſito, quòd ex culpa ejus lata ſit ortum incendium, indiſtinctè tenetur, vel liberare res depoſitas, vel damnum incendiô aut ruinâ datum reſarcire, ùt de ſe ex dictis planum eſt. Quòdſi caſu (idem de culpa levi, aut leviſſima) incendium exarſerit, poteſt proprias depoſitis præferre (a), niſi iſtæ ſint pretioſiores, quo caſu haud dubiè depoſitas liberare tenetur, ita tamen, ut habeat contra deponentem regreſſum ad hoc, ut damnum, quod liberando res depoſitas ſuas graſſanti Vulcano relinquere debuerit, reſarciat. Ratio prioris eſt, quia ordinata charitas à ſe ipſa incipit, *c. 9. cauſ. 23. q. 5.* & *l. 6. C. de ſervit.* Ratio poſterioris eſt, quia bonus paterfamilias, quem & depoſitarius agere debet, res magis pretioſas minùs pretioſis anteferre debet. Eſto enim neque de caſu, ne-

(a) Obſtare videtur *cap. 2. de depoſ.* ubi ita reſcribitur: *Bona fides abeſſe præſumitur, ſi rebus ſuis ſalvis exiſtentibus depoſitas amiſiſti.* Ita eſt, maxima pugnat præſumptio contra illum, qui ſine diſcrimine res proprias ab incendio (idem de alio periculo, cùm textus ſit generalis) liberavit, relictis planè, adeóque etiam pretioſioribus, depoſitis. Sed quid hoc contra nos?

Digitized by Google

neque de culpa leviſſima, aut levi teneatur in ordine ad ortum incendium, novam tamen culpam committit, ſi orto caſualiter incendio res minùs pretioſas pretioſioribus prætulerit, hoc ipſo, quòd egerit contra officium boni patrisfamilias, cui ſufficere debet regreſſus contra deponentem, ratione rerum propriarum, quas in illius commodum negligere coactus fuit. *P. Engl de depoſ. n. 9.* Limitanda tamen foret hæc ſententia, ſi fortè ad res depoſitas pretioſiores non tam facilè pervenire potuerit, hoc ipſo, quòd in ordine ad depoſitas tantùm teneatur de culpa lata. Idem, ſi ex animi perturbatione prælatio rerum minùs pretioſarum contigerit: & in tantum aſſentimur *Titio in Theſ. Jur. d. t. n. 68.*

Minùs principaliter obſtringitur deponens ad ſervandum depoſitarium indemnem, ſi fortè intuitu rei depoſitæ expenſas fecerit, vel damnum ex quacunque culpa (adeóque etiam leviſſima, *arg. l. 5. §. 2. ff. commod.*) paſſus ſit. *vid. l. 12. pr. & §. 1. l. 23. ff. depoſ.*

Effectus Remotus eſt Actio Depoſiti directa, & contraria. *Illa* 23 datur deponenti, ejúsve hæredibus contra depoſitarium, ejúsve hæredes ad hoc, ut res depoſita cum omni cauſa reſtituatur. Eſt Actio Civilis (licèt à Prætore approbata, *l. 1. pr. ff. d. t.*) Perſonalis, rei Perſecutoria, Bonæ fidei, Perpetua, Famoſa, id eſt, ſi dolus intervenerit, infamiam irrogans, *l. 10. C. d. t. §. 2. Inſt. de pœn. tem. lit.* Dictum fuit *Deponenti*, quiscunque demum fuerit, adeóque etiam prædoni, *d. l. 1. §. 39. ff. d. t.* ita tamen, ut Dominus cum eo, vel alio non domino concurrens, præferatur, *l. 31. §. un. ff. eod.* Limitatur regula, ſi deponens ſit furioſus, prodigus, vel aliàs talis, cui non expedit rem depoſitam reſtituere, de quo adeſt prudentiſſimum monitum *D. Auguſtini in c. 14. c. 22. q. 2.* Dictum fuit: *Ejúsve hæredibus*, & quidem, ſi ſit individua, uni etiam eorum, dummodò caveat, ſe depoſitarium ſervaturum indemnem; idem dicendum, ſi res communis ab uno ſit depoſita: ſecùs apud Judicem erit deponenda, *vid. d. l. 1. §. 36. ff. depoſ.* Si dividua, cuilibet pro parte, vel quibusdam etiam, ſed caventibus, aut denique majori parti, (juxta portiones hæreditarias non perſonarum numerum) quamvis non caventi, tota reddenda erit, *d. l. 1. §. 36. l. 14. ff. eod. Voët. ff. d. t. num. 4. vid. tamen Theſ. Jur. ibid. n. 40.* Dictum fuit: *contra Depoſitarium*: adeóque non contra tertium, qui non contraxit, *l. 16. ff. d. t.* ſi pluribus res ſit depoſita, poſſunt in ſolidum conveniri, nec liberabitur unus, ſi cum altero agatur; non enim electione, ſed ſolutione liberantur. *d. l. 1. §. 43. ff eod. Voët. d. l. n. 5.* Dictum fuit: *Ejusque hæredes*; pro partibus hæreditariis, *l. 7. §. 1. l. 9. ff. depoſ.* niſi unus totius rei reſtituendæ facultatem habeat, *arg. l. 3. §. 3. ff. commod.* vel ipſi hæredes ex facto proprio conveniantur,

 qui-

quibus caſibus, ſi res ſit individua, quilibet in ſolidum tenetur, *d. l. 9. & ſeq. l. 22. ff. depoſ.* Dictum fuit; *ut rem reſtituat*, & quidem non deteriorem; non enim hac actione liberatur, qui rem deteriorem reddit, ſed conveniri poteſt ad intereſſe, *l. 1. §. 16. ff. d. t.* *Iſta*, nimirum contraria, competit depoſitario, & hæredibus contra deponentem, & hæredes ad hoc, ut ſervetur indemnis: habet eadem prædicata, quæ actio directa, niſi, quòd non infamet, cùm non agatur de fide rupta, ſed tantùm de indemnitate. Hæc de Depoſito in ſpecie.

24 SEQUESTRUM eſt actus, quo res litigioſa à judice, vel à litigantibus ea lege gratis cuſtodienda traditur, ut finita lite victori reſtituatur, *l. 5. §. 1. & 2. l. 6. ff. d. t.* Si juſſu Judicis res ita deponatur, dicitur ſequeſtrum NECESSARIUM, quod regulariter non habet locum, *l. un. C. de probib. ſeq.* quia proceſſus non debet initium capere ab executione, *l. 1. C. de execut. rei jud.* adeóque tantùm obtinet, quando ſubeſt periculum in mora, v. g. ob metum armorum, deteriorationis, aut fugæ, videatur de puella ſequeſtro tradenda *c. 14. de Sponſ.* Si verò conſenſu fiat litigantium, nuncupatur VOLUNTARIUM, *l. 17. pr. ff. d. t.* Convenit ferè in omnibus cum depoſito in ſpecie, ita, ut poſſeſſio, niſi aliter fuerit conventum, victori proſit, *l. 39. ff. de A. V. A. P. d. l. 17. §. 1. ff. depoſ. Hopp. ad §. 3. Voët. ubi ſup. n. 12.* Oritur itaque Actio ſequeſtraria, directa, & contraria ad exemplum depoſiti, *l. 5. §. 1. l. 12. §. 2. ff. depoſ. Hub. ibid. n. 13.* ubi benè advertit, in neceſſario, quod contractus dici non poteſt, implorandum eſſe officium Judicis. *Stryck. in Theſ. Jur. n. 99.* actionem utilem adſtruit, quia factum Judicis reputatur pro facto partium.

§. IV.

De Pignore.

25 RE contrahitur obligatio (IV.) Traditione rei in ſecuritatem crediti, quæ PIGNUS à Pugno appellatum, *l. 238. §. 2. ff. de V. S.* nuncupatur, ſumitúrque tripliciter (I.) pro contractu, quo res pignori traditur, *arg. l. 1. §. 4. ff. de pact. & tot. tit. de pignor. act.* (II.) pro Re pignore affecta, *§. ult. h. tot. tit. ff. & C. de diſtract. pign.* (III.) pro jure reali, quod creditor in re oppignorata obtinet, & ita ſumitur in *tit. Digeſt. de pignor. & hypoth. & tot. tit. ff. & Cod. quib. mod. pign. vel hypoth. tacitè contr.* In quo ſenſu etiam dicitur hypotheca, tantúmque differunt nominis ſono, *l. 5. §. 1. ff. de pignor. & hypoth. arg. §. 7. de Act.* Hinc eſt, quòd

Digitized by Google

quòd hypotheca Pignoris nomine efferatur, dum dicitur, pignus nuda conventione conſtitui in *l. 44. §. 5. ff. de uſurp. & uſuc. in l. 66. ff. de furt.* Impræſentiarum ſumitur in ratione contractûs, differtque ab hypotheca, quòd hæc nuda conventione, illud verò non aliter, quàm traditione conſtituatur, ſive deinde ſit res mobilis, ſive immobilis, nam, ſi immobilis tradatur, Pignus eſt, *arg. l. 1. §. 2. & 4. l. 11. §. 1. l. 23. pr. ff. de pign. & hypoth.* ſi mobilis nudè obligetur, erit Hypotheca: quod colliges in generali Ulpiani effato in *l. 9. §. 2. ff. de pignor. act. Propriè*, ait, *Pignus dicimus, quod ad creditorem tranſit, Hypothecam, cùm non tranſit, nec poſſeſſio ad creditorem.*

In prima igitur aaceptione definitur Pignus, quòd ſit *contractus realis, quo res creditori in ſecuritatem debiti traditur.* Poteſt autem pignus conſtituere, & accipere, qui aliàs contrahere, & contrahendo res ſuas obligare, *l. 18. §. ult. ff. de pignor. act. & l. 6. C. ſi alien. res pign. dat. ſit.* 26
Ita quidem, ut neque excludantur tutores vel curatores quoad res pupillares, ſi, lege non refragante, eas oppignoraverint, ſcilicet, ſi in rem pupilli pecuniam accipiant, *l. 16. pr. ff. de pign. act.* Ipſis pupillis, vel minoribus (idem de prodigis, aut furioſis) non aliter oppignorare permiſſum eſt, quàm accedente authoritate tutoris, vel conſenſu curatoris, *l. 1. pr. ff. quæ res pign.* Imò ſi res ſint immobiles, etiam Decretô Magiſtratûs opus eſt, *l. 1. §. 2. ff. de reb. eor. qui ſub tut.* niſi pro defenſione rei pupillaris ad oppignorandum cogat neceſſitas, quo caſu decreto opus non eſſe, ſtatuit Juſtinianus in *l. fin. §. 3. C. de adminiſtr. tut.*

Dubitatur de Prælato Eccleſiaſtico, num ſine debitis ſolemnitatibus res Eccleſiaſticas poſſit oppignorare? Diſtinguunt communiter inter hypothecam generalem & ſpecialem. Illam Prælato in ordine ad firmandum contractum concedunt, non item iſtam, utpote in *c. 5. de Reb. Eccl. alien. vel non.* expreſsè prohibitam. Rationem diverſitatis in eo ponunt, quòd in generali non ſubſit tantum periculum, cùm non tam facilè perveniatur ad alienationem; nec enim ſtatim omnia bona alienantur: In pignore verò ſpeciali, debitô non ſolutô, res oppignorata diſtrahitur, indéque ſubſequitur perfectiſſima alienatio. Huic ſententiæ poſt alios quàm plurimos ſubſcribit *D. D. Franz p. m. h. n. 7.* Nobis ſemper præplacuit indiſtinctè negativa, quam defendit cum aliis *Magnif. P. Schmier Juriſpr. Can. Civ. lib. 3. tr. 2. c. 5. n. 115.* eámque probat per textum in *Extravag. Ambitioſæ d. t.* ubi omnis alienatio, imò in ſpecie hypothecæ conſtitutio, indiſtinctè legitur prohibita; nomine autem alienationis prohibitæ venire etiam pignoris conſtitutionem, ambigere nec textus, nec ratio ſinit; textus adeſt apertus *in l. ult. C. de reb. alien. non alien.* Ratio id pro-

probat ex eo, quòd in conſtitutione pignoris transferatur jus in re, quod nemo negabit. Et ſi fortè quis reponet, transferri jus in re tantùm revocabiliter, & inefficaciter, ſeu interim. Contra regerimus, quòd, etſi in locatione transferatur jus (& quidem tantùm ad rem, adeóque minus) ſolummodò revocabiliter, nihilominùs in *cit. Extrav.* ſit locatio ultra triennium prohibita, idcircò & multò magis erit prohibita hypothecæ conſtitutio, ubi transfertur jus in re, & quidem efficaciſſimè, cùm, ſi debitor non ſolvat, tam in pignore generali, quàm ſpeciali creditori permiſſum ſit, tot res diſtrahere, quot ad exigendum debitum ſufficiunt, in hoc enim conſiſtit effectus pignoris, prout importat *JUS IN RE tot. tit. ff. & C. de diſtract. pign.* Diverſitas in majori, vel minori periculo (quidquid demum ſit de ejus Evangelica veritate (a), quàm hic impugnare non vacat) difficultatem nullatenus tollit, cùm ſufficiat adeſſe periculum diſtractionis, etiam in hypotheca generali, poſtquam omnis alienatio in *cit. Extrav.* abſolutè & indiſtinctè fuit prohibita. Sed dices: Non utique neceſſaria, de qua hic ſermo eſt? Etiam neceſſaria ſine debi-

(a) Carpit nonnemo hæc verba, jocoſamque appellitat, hiſque formalibus, non ſine ſenſu, ùt adverto, perſtringit: „Atque hæc ratio eſt (nempe majoris. vel minoris periculi) „quæ nos convincit, & adhucdum convictos tenet; non quidem, ut nonnemo jocatur, inſtar Evangelicæ, ſed juridicæ veritatis. Cui non vacat his reſpondere, ſaltem „non contemnat, vel potiùs ſe ipſum non feriat nuda excuſatione, quod reſpondere non vacet.„ Hactenus ille. Doleo, quòd Author hisce præter omnem opinionem ſe offenſum ſentiat; neque crediidiſſem, eſſe adeo delicatæ naris; utpote, cùm hæc ratio, quæ ab omnibus allegatur, à nonnullis (inter quos, utrùm numerandus ſit Author, neſcio) pro Catholica habetur. Aliis tamen, ùt & mihi non ita viſum fuit. Cæterùm inculpat, quod NUDA excuſatione me ipſum feriam: Sed nimis inclementer hæc ſcribit; quippe addidi rationem excuſationis, quod nempe ſufficiat, ſubeſſe periculum alienationis, ſeu diſtractionis etiam in hypotheca generali, ùt probatum dedimus, & ulteriùs firmamus. Periculum diſtractionis ſimpliciter tale ſufficit ad prohibitionem ſimpliciter talem; majus vel minus periculum modum prohibitionis, non ipſam ſubſtantiam reſpicit; quod ſic oſtenditur: Majus eſt periculum in venditione, & permutatione rerum Eccleſiaſticarum, quàm in earum locatione ultra triennium, quod nemo negabit: ergo poterit Prælatus etiam ultra triennium ſine debitis ſolennitatibus locare? Quisque advertit, quàm turpiter ſequela claudicet! In venditione abſoluta majus ſubeſt periculum, quàm in conceſſione Feudi, vel emphyteuſis, qua transfertur tantùm dominium utile: ergo licebit Prælato ſine debitis ſolennitatibus Feudum, vel emphyteuſim concedere? Quis ita inferat? Uti igitur ejusmodi illationes juribus contrariantur; ita ſimiliter eruitur, majus vel minus periculum (dummodò ſubſit ſimpliciter) non facere ad rem, & ideo potuiſſe à reſponſione ſine periculo ſuperſederi. Profectò, ſi *Extrav. Ambitioſæ* (ubi certè in omnibus ibidem relatis non eſt æquale periculum) penitus intueri placuerit, ſatis apertè apparebit, Pontificem voluiſſe præcavere cuicunque diſtractionis periculo. Jungat: *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* Ait inſuper notator, rationem majoris vel minoris periculi eſſe ſaltem veritate ju-

Digitized by Google

bitis ſolemnitatibus, cùm utique conſtet ad alienationem rerum Eccleſiaſticarum præter cauſam neceſſitatis, ſeu publicæ utilitatis, etiam debitas ſolennitates requiri, *tot. tit. de reb. Eccl. alien. vel non.* Reponis: cur ergo in *d. c. 5.* tantùm ſpecialis hypotheca fuit prohibita? Quia tantùm de illa S. Pontifex fuit interrogatus: ſi quæſtio eidem fuiſſet propoſita de generali, idem reſpondiſſet.

De Emphyteuta (quoad vaſallum enim negativa apertè deciſa eſt in *2. f. 55.* ibi: *Nulli liceat feudum totum, vel partem aliquam vendere, vel PIGNORE, vel quoquo modo diſtrahere, ſeu alienare*) pariter controvertitur, num rem in Emphyteuſim conceſſam valeat ſine conſenſu Domini oppignorare? Id, quod cum *Laud. Magnif. d. l. c. 3. n. 74. & 77.* rurſus negamus ob textum ſatis luculentum in *l. f. C. de Jur. Emph.* ubi Emphyteutæ omnis alienatio vetatur: *Minimè liceat* (inquit Imperator) *ſine conſenſu Domini meliorationes vendere, vel jus Emphyteuticum TRANSFERRE.* En *transferre* (quocunque demum titulo) prohibet Legislator noſter jus Emphyteuticum: Cui ſententiæ minimè refragatur Paulus in *l. 16. §. fin.* *ff.*

juridica ſuffultam. At, ſi ita eſt, qui hanc impugnat, impingit in juris principia, ſiétque hæreſis juridicæ reus: ſicut, qui impugnat veritatem Evangelicam, Theologicè talis dicitur: Prò dolor! quot hæretici juridicè tales videri poſſunt apud *Laud. Magnif. d. l.* aliósque probatiſſimos Authores paſſim! Videamus jam, num Achilleæ huic rationi non poſſit ſatisfieri. Eccleſia, inquiunt (debito priùs legitimè conſtituto) non magis gravatur per adjectam hypothecam generalem, quàm per ipſum debitum ſimplex. Hoc mihi ſemper viſum fuit imperceptibile; cùm per hypothecam generalem transferatur in creditorem jus in re quoad omnia bona debitoris ſpecialiter non excepta, &, quò magis augetur jus creditoris, eò magis reſtringatur jus debitoris, & exinde magis debitor gravari debeat. Verùm audiamus aſſerti probationem. Vel enim, arguunt, Eccleſia eſt ſolvendo, vel non? Si priùs? res nulla alienabitur: Si poſteriùs nihil intererit, num debitum ſit ſimplex, num hypotheca munitum; quippe Eccleſia debitum legitimè contractum ſolvere tenetur; ſed ita tamen, ut modus in executione ordinarius, ubi priùs res mobiles minus poſtea magis pretioſæ, poſtea demum immobiles, & tandem nomina diſtrahi debent, ſervandus ſit, ita ut creditor ſolummodò acquirat jus prælationis ante alios creditores ſimplices, & actionem contra tertium quoque poſſeſſorem, ſi debitore, vel fidejuſſore excuſſis, ſolutio obtineri nequeat: Secus res ſe habet in hypotheca ſpeciali, quæ proximè tendit ad certam rem alienandam. Item aliud in hac ſubeſt præjudicium, quòd nimirùm res ſpecialiter hypothecata ſine crimine ſtellionatûs nequeat alienari *l. 3. §. 1. ff. ſtell. l. 3. C. de ſerv. pignor. dat. manum.* Sed & iſte diſcurſus, quoniam totus quantus eſt de hypotheca ſpeciali inverti poteſt, tam parùm convincit, quo minus probatum hactenus eſt, in hypotheca ſpeciali eſſe ſublatum ordinem executionis. An invidebitur Eccleſiæ, vel cuicunque creditori, ſi conſtituta etiam hypotheca ſpeciali obtendat, velle ſe diſtrahere bona mobilia &c. & exinde creditori ſatisfacere? Reponunt: cùm rerum mobilium difficilior, & longior ſit diſtractio, non tenetur creditor expectare, ſed rei ſpecialiter hypothecatæ diſtractionem urgere poteſt,

ff. de pignor. act. ibi: *Etiam vectigale prædium pignori dari poteſt*, vel Scævola in *l. 31. ff. de pignor. & hypoth.* ibi: *Quæſitum eſt, an rectè pignori* (ab Emphyteuta) *datus ſit* (fundus) *reſpondit, ſi pecunia interceſſit pignus eſſe.* Nam ſubintelligitur, ſi conſenſus domini, quem ſine rationabili cauſa negare non poteſt, *arg. d. l. fin. C. de jur. Emphyt.* intervenerit. Quamvis ſatis probabiliter defendi poſſit, oppignorationem ab Emphyteuta ſine conſenſu domini factam in præjudicium conſtituentis, de jure ſaltem communi valere, ita tamen, ut domino directo non præjudicet, adeóque reſoluto jure dantis, nimirùm Emphyteutæ, etiam reſolvatur jus accipientis, videlicet creditoris, *d. l. 31. ff. de pign. & hypoth. junctâ l. 17. ff. de pignor. act.* Specialiter prohibetur pignus conſtituere fœmina, non tamen pro proprio, *l. 12. C. de pignor.* ſed pro alieno debito, ita qui-

teſt. Id ipſum in ſimili caſu aſſerere licet in hypotheca generali: quæ omnes res in ſpecie ad exemplum ſpecialis ita afficit, ut creditori competat electio per textus inevitabiles in *l. 2. ff. qui pot. in pignor. & l. 8. ff. de diſtract. pignor.* Negant hoc obtinere in rebus Eccleſiaſticis, ubi, ſicut in rebus minorennium, licèt hypothecatis, in ipſa alienatione opus eſt authoritate Superioris. *arg. l. 2. C. de præd. & aliis reb. min.* Sed quid tum? Electio nihilominus debet indulgeri, & Superior authoritatem ſuam juxta electionem creditoris interponere, cùm hoc in paſſu tum Eccleſia tum minores à *citt. tt.* diſpoſitione nullibi legantur excepti: Sed quid dicemus ad *l. 9. C. de diſtr. pignor. & nov. 112. c. 1.* ubi conceditur alienatio hypothecæ ſpecialis, nec tamen idem de generali dicendum videtur? At, neque hi textus nobis crucem faciunt. Si enim debitor non vult abſolutè ſolvere, fit in utraque hypothece diſtractio, in ſpeciali ſpecialis; in generali ad libitum creditoris, adhibitis tamen utrinque: ſicut in aliis cauſis, debitis requiſitis. Nec obſtat *d. l. 9.* quia non loquitur taxativè; ſed de caſu, de quo Impp. fuerunt interrogati: *Cit. nov.* decidit caſum de re litigioſa non alienanda: Imo in fine verſic. *Hoc autem.* nobis favet. Minus obſtat, quòd res ſpecialiter oppignorata non poſſit à debitore alienari. Nam idem dicendum de generali, ſi creditoris conditio fiat deterior; vel ſi una aut altera fuerit alienata, tranſit ſicut in ſpeciali cum ſuo onere; Et hinc poteſt creditor res ita alienatas, ut ipſi Adverſarii fatentur, revocare, ſeu evincere. Urgent: Dominium Eccleſiæ non ſit deterius: Hoc rotundè negamus. Quis enim res præſertim immobiles, præſuppoſita hypotheca generali, libenter emit, & periculo ſeſe ſubmittit? Aliter nos docuit experientia; Replicabis equidem, teneri Eccleſiam de evictione, caſu quo à creditore fuerit res evicta: Benè eſt, & hoc ipſum reddit dominium Eccleſiæ deterius, quatenus etiam in re propria vendita ad evictionem præſtandam adſtringitur. Sanè, ſi locatione ultra triennium arctatur dominium notabiliter, eſto ſolummodo transferatur jus ad rem, multò magis arctabitur in pignore generali, ubi transfertur jus in re quoad omnia bona ſpecialiter non excepta. Ajunt equidem in locatione carere Eccleſiam commodis & fructibus. Sed utique illorum loco penſionem annuam percipit. An hæc omnia Authori jocus erunt? An hiſce me ipſum feriam, aliorum judicium expecto: Authoris, cui me multis nominibus obſtrictum fateor, ſummámque venerationem debeo, vel minima indignatio majus longè vulnus, me hercle! infligeret. Sed erit, ùt ſpero, vulnus ſcholaſticum!

Digitized by Google

quidem, ut, ſi pro marito pignus conſtituat, conſtitutio, etſi centies repetita, ſit ipſo jure nulla, *Nov. 134. c. 8. & Auth. ſi qua mulier. C. ad SCtum Vellej.* ſi pro extraneo valet quidem, ſed juvatur beneficio SCti Vellejani, *vid. l. 39. & 40. ff. de R. V. l. ult. §. 2. ff. l. 7. C. ad SCtum Vellej.* Dictum fuit ſuperiùs: *& pignus accipere*, ut innuatur, etiam pignus accipere neminem poſſe, niſi, qui contrahere, & contrahendo obligari, eſto enim videatur creditor accipiendo pignus ſuam conditionem facere meliorem, tamen ob metum actionis pignoratitiæ debet poſſe ſe obligare, uti optimè advertit Modeſtinus in *l. 38. ff. de pignor. act. pupillo,* inquit, *capienti pignus propter metum pignoratitiæ actionis neceſſaria eſt tutoris authoritas.*

Objectum pignoris ſunt res, quæ poſſunt oppignorari. Pauli regula eſt in *l. 9. §. un. ff. de pign. & hypoth. C.* cui ſuccinit Marcianus in *l. 1. §. 2. ff. quæ res pignor.)* quòd, quidquid poteſt vendi, poſſit etiam oppignorari, ibi: *Quod emptionem venditionem recipit, etiam oppignorationem recipere poteſt.* Quæ regula, ſi benè intelligas, bona eſt, quatenus omnes res oppignorabiles debent eſſe vendibiles, hoc ipſo, quòd pignus ſit via ad diſtractionem, ſi debitum non fuerit ſolutum: Si hæc non placet, cape aliam ex *l. 6. C. quæ res pignor. &c.* quòd omnes res poſſint oppignorari, quæ ſunt in bonis oppignorantis: inquiunt ibi Dioclet. & Maxim. *Cùm ſit manifeſtum, obligationem pignoris* (intellige quoad effectum juris in re) *non conſiſtere, niſi in his, quæ quis de bonis ſuis facit obnoxia.* Cæterùm quamvis tum res corporales, tum incorporales v.g. nomina, poſſint oppignorari, *l. 4. C. quæ res pignor. &c.* 27

Dubitatur nihilominùs de ſervitutibus realibus, tam urbanis, quàm ruſticis, utrùm poſſint oppignorari? Difficultatem non levem excitant, Marcianus in *l. 11. §. fin.* & Paulus in *l. 12. ff. de pignor. & hypoth.* qui diſtinctionem facere videntur inter ſervitutes urbanas, & ruſticas ſed nullâ aſſignata diverſitatis ratione. Ait Marcianus: *Jura prædiorum urbanorum pignori dari non poſſunt; igitur nec convenire poſſunt, ut hypothecæ ſint.* Audiatur econtrà Paulus: *Sed an viæ, itineris, actûs, aquæ ductûs, pignoris conventio locum habeant, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia ſoluta non ſit, eis ſervitutibus creditor utatur, ſcilicet, ſi vicinum fundum habeat, & ſi intra diem certum pecunia ſoluta non ſit, vendere eas vicino liceat. Quæ ſententia propter utilitatem contrahentium admittenda eſt.* Pro ſalvanda hac oppoſitione, uti planum non eſt, utrùm uterque JCtorum loquatur de ſervitute conſtituenda, num conſtituta, num verò Marcianus de conſtituta, Paulus verò de conſtituenda, ita nobis certum eſt, ſervitutes conſtitutas, ſive ruſticæ ſint, ſive urbanæ, non poſſe ſepa- 28

ratim à prædiis, quibus inhærent, oppignorari; quippe aperti juris eſt, ab iis avelli non poſſe, ſunt enim qualitates prædiorum, quibus inhærent, imo ipſa prædia *qualiter* ſe habentia, ùt bonitas, ſalubritas, amplitudo, ceu ait Celſus in *l. 86. ff. de V. S.* Huc etiam facit *l. 24. ff. de S. P. R.* Neceſſum igitur eſt, JCtos fuiſſe locutos de ſervitutibus creditori in ſecuritatem conſtituendis, ita, ut interim creditori concedatur facultas eundi, agendi, aquam ducendi, ſuppoſito, quòd prædium vicinum habeat, poſsítque ita ſervitus eſſe utilis. Et hoc de Ruſticis Paulus *d. l. 12.* Sed cur id negat Marcianus de Urbanis in *d. l. 11. §. fin.?* An fortè ideo, quia non poſſunt ad tempus conſtitui, *l. 4. ff. de ſervit.?* Sed hoc etiam verum eſt de Ruſticis: Fortaſſis meliùs, & clariùs, quia ſervitutes urbanæ, ſaltem nobiliores, utì ſunt oneris ferendi, tigni immittendi, altiùs tollendi, projiciendi, protegendi, à quibus deſumenda eſt denominatio, ſeu regula, non tam facilè poſſent, ſolutô debitô, ſine deformitate prædii dominantis, nimirum ædificii, retractari, quòd faciliùs (licèt non de rigore juris, ſaltem de æquitate) admittitur in ruſticis, uti innuunt verba finalia Pauli: *quæ ſententia propter utilitatem contrahentium admittenda eſt.* Eadem æquitas etiam facit, ut pro hoc caſu poſſit creditor, debitô non ſolutô, ſervitutem à prædio dominante in alium (quòd in ſervitutibus urbanis rurſus commodè fieri nequiret) transferre, neque debitor ſervitutem conſtituens conqueri poſſit, cùm intelligere debeat, hanc eſſe naturam pignoris, ut, mora contracta, pignus diſtrahatur. Si iſta diſpliceant, vide, num te extricare valeas, ſi dixeris, Marciano ſermonem eſſe de ſervitute jam conſtituta, de qua, uti legenti textum patebit, *in §. præcedenti* locutus fuerat, Paulo verò de ſervitute conſtituenda: Sunt, qui nullam admittunt differentiam, ajentes, Marcianum poſuiſſe ſervitutes urbanas tantùm exempli locô. *Clariſſ. D. D. Franz h. n. 11. vid. Voët. ff. com. præd. n. 8.*

29 Ambigitur ulteriùs, num poſſit oppignorari res aliena? Poſſe oppignorari antecedente, vel ſuperveniente conſenſu Domini, aut etiam ſub conditione, ſi facta fuerit oppignorantis, res à Marciano deciſa eſt in *l. 16. §. 1. & 7. ff. de pignor. & hypoth.* ſecus autem oppignorari non poteſt eo effectu, ut in creditorem transferatur jus in re, & exinde oriatur actio hypothecaria, cùm nemo plus juris in alterum transferat, quàm ipſe habet, *l. 54. ff. de R. J.* Ejusmodi tamen oppignoratio in tantum valet, ut inter oppignorantem, & creditorem oriatur obligatio, & actio pignoratitia, qua ille ad pignoris reſtitutionem, ſolutô debitô, iſte verò ad indemnitatem, vel ad rem propriam debito-

Digitized by Google

toris conſequendam agere poſſit, *l. 9. §. 4. l. 16. §. 1. l. 32. ff. de pignor. act. Hopp. ad §. fin. b.* ſicut in venditione rei alienæ, vel extra commercium humanum exiſtentis, eſto non transferatur dominium, nihilominus tamen oritur actio empti-venditi ad intereſſe, *§. fin. de empt. vend.* Nec nobis adverſatur data ſuperiùs regula, quòd, quidquid poteſt vendi, poſſit etiam oppignorari; nam hæc adhuc verificatur, ſi modum doctrina capiat, ſcilicet, quòd res vendibilis ſit etiam oppignorabilis, ſed non ſemper ab eo, cujus reſpectu eſt vendibilis, ſed à vero Domino; ſicut quidquid eſt tangibile, etiam eſt viſibile, ſed non à cæco. Ratio diverſitatis in eo ſiſtitur, quòd debitor oppignorando debeat ex natura pignoris transferre jus in re cum facultate diſtrahendi, non item venditor, *arg. l. 25. & 28. ff. de contr. empt.* ſufficit enim, quòd transferat conditionem uſucapiendi.

Interrogas, num pignus convaleſcat, ſi dominium ſuperveniat? Affirmat Paulus in *l. 41. ff. de pignor. act.* ibi: *Si rem alienam pignori dederis, deinde Dominus rei ejus eſſe cœperis, datur utilis actio pignoratitia creditori.* Per actionem pignoratitiam intelligi debet hypothecaria, cùm ad pignoratitiam non opus ſit, ut dominium ſuperveniat, veluti patet ex antea dictis. Paulo ſubſcribunt Impp. in *l. 5. C. ſi alien. res pignor.* ibi in verbis: *Sed tamen æquitatem facere, ut facilè utilis perſecutio exemplo pignoratitiæ detur.* Quid, ſi Dominus ſuccedat oppignoranti? Committunt communiter Modeſtinum in *l. 22. ff. de pignor. & hypoth.* cum Paulo in *d. l. 41. ff. de pign. act.* illum affirmare, hunc negare, quòd pignus convaleſcat, contendunt. Illius ſententia hæc eſt: *Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori ſuo pignori obligaverit, hæres extitero, ex poſt facto pignus directo quidem non convaleſcit, ſed utilis pignoratitia dabitur creditori.* Verba Pauli huc facientia hæc ſunt: *Non eſt idem dicendum* (dari ſcilicet utilem pignoratitiam, de qua priùs ſermo fuerat) *ſi egò Titii* (eſt ipſiſſimus prior caſus) *qui rem meam obligaverat ſine mea voluntate, hæres extitero: hoc enim modo pignoris perſecutio concedenda non eſt creditori: neque utique ſufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem eſſe Dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed, ſi convenisſet de pignore, ut ex ſuo mendacio* (defunctus) *arguatur, improbè reſiſtit* (hæres) *quò minùs utilis actio moveatur.* Ajunt Modeſtinum in *l. 22.* locutum fuiſſe de ſimplici ignorantia, Paulum econtra de caſu, quo res aliena Dominô invitô pignori fuit ſuppoſita. *Hub. ff. quæ res pign. n. 2. Voët. ibid. n. 5.* quam interpretationem ſecumferunt verba: *ſine mea voluntate.* Pagenſt. *in Theſ. Jur. de pign. act.* contendit Modeſtinum eſſe intelligendum de caſu, quo Dominus ſponte hæres oppignorantis fa-

ctus eſt, Paulum verò de eo, ubi coactus hæres eſſe debuit, ibi: *ſine mea voluntate* (omittatur comma) *hæres extitero*, *arg. §. 7. de fideicom. hæred.* adeóque ly *ſine mea voluntate* ad ly *hæres extitero*, referenda exiſtimat. Quidquid de hoc ſit, nobis nulla ſubeſſe videtur contrarietas, cùm uterque actionem utilem admittat. Ait utique Paulus in verbis finalibus: *improbè reſiſtit* (hæres) *quò minùs utilis actio moveatur.* In verbis verò præcedentibus tantùm vult innuere, quòd alius ſit caſus, ſi dominium ſuperveniat, & alius, ſi Dominus oppignoranti ſuccedat, quamvis in utroque utilis actio competat, *Stryck. V. M. P. quæ res pignor. §. 4.*

Quid, ſi creditor ſciverit ſibi oppignorari rem alienam, utrùm pignus convaleſcat, ſi dominium ſuperveniat? Reſpondetur, nihilominus convaleſcere, *arg. l. 1. ff. de pign. & hypoth. Voët. ubi ſup. num. 4.* quia confirmato jure dantis confirmatur etiam jus accipientis. Eſto enim in *cit. l. 1.* dicatur difficiliùs actionem dari, quàm retentionem, tamen dari non negatur, *arg. l. 1. §. 9. ff. de poſtul. §. 2. de uſu, & habit.*

Quid, ſi res communis ab uno tantùm oppignoratur? Reſpondetur, valere ſolummodo quoad partem oppignorantis, *l. un. C. ſi com. res pign. dat. ſit. Voët. d. l. n. 3.* quamvis enim pignoris cauſa indiviſa dicatur in *l. 7. §. fin. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſol.* hoc tamen non alio ſenſu capiendum eſt, quàm, quòd jus pignoris quoad dimidiam partem totam rem afficiat, ita, ut non magis una, quàm altera pars pro parte dimidia ſit obſtricta, ſeu pignore affecta, *laudat. Author. ibid.* Excipitur Fiſcus, cui rem communem in totum obligare, imò & diſtrahere indultum eſt, in *l. 2. C. de commun. rer. alien. l. un. C. de vend. rer. fiſcal.*

30 Forma hujus contractûs alia Subſtantialis, alia Accidentalis. *Illa* conſiſtit in actuali traditione rei in ſecuritatem debiti, *§. fin. h.* Dicitur equidem pignus *conventione generali* conſtitui in *l. 1. ff. de pign. & hypoth.* ſed JCto non eſt ibi ſermo de contractu pignoratitio, ſed pignore, ut *eſt jus in re.* Eritque tamen ante traditionem contractus conſenſualis? Ita velle videtur Ulpianus in *l. 1. pr. & §. 1. ff. de pignor. act. Pignus*, inquit, *contrahitur non ſola traditione, ſed etiam nuda conventione, etſi non traditum eſt.* Ita vult Pagenſt. *in Theſ. Jur. loc. ſup. cit.* Sed abſit, ut te decipi verborum luſu patiaris, cùm ibi pignus rurſus non pro contractu, ſed in ratione juris in re accipiatur, nec ante actualem traditionem dabitur actio pignoratitia, *arg. d. l. 1. §. fin. ff. de pign. act.* ibi: *Tenebitur tamen pignoratitia contraria actione,* QUI DEDIT. Eodem modo ſa-

ſatisfacies, *l. 66. pr. ff. de furt.* ***Iſtam*** nimirum Accidentalem conſtituunt pacta, quæ ſolent non rarò intercedere, súntque Pactum legis commiſſoriæ, & Pactum Αντιχρήσεως, ſeu Αντιχρησις, vel Antichreſticum. Pactum legis commiſſoriæ eſt *conventio, qua inter debitorem, & creditorem id agitur, ut, ſi debitum convento tempore non ſolvatur, res oppignorata cedat creditori.* Hoc pactum utroque jure, tum Canonico in *c. 7. de pign.* tum Civili in *l. ult. C. de pact. pign. atque in noviſſ. Conſtit. Imp. tit. 29. §. 5.* illicitum, & damnatum eſt: Rectiſſimè ſanè! ùt ait *D. D. Franz b. n. 27.* Nam valor pignoris plerumque ſuperat quantitatem debiti, conſequenter exceſſus ille induit naturam uſurarum. Aliud dicendum, ſi conveniant, ut debito non ſoluto pignus titulo emptionis apud creditorem maneat, *l. 16. §. ult. de pignor.* quia hic creditor id, quod pluris valet, debitori reſtituere tenetur, adeóque nullam uſurariam pravitatem importat. Pactum Anticreſticum (Αντιχρησις) eſt conventio, qua inter debitorem, & creditorem convenitur, ut liceat re oppignorata uti, frui, donec debitum fuerit ſolutum. Et hoc vel expreſsè contingit, vel tacitè, ſi nimirum res frugifera pignori detur abſque reſervatione fructuum, *l. 8. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. tacit. contr.* hoc quippe caſu poteſt creditor (ſed tantùm juxta legitimum uſurarum modum) fructus percipere, vid. *Cocc. ff. de pign. act. q. 4.* Nec aliter valet etiam pactum expreſſum, cùm aliàs ob nimium exceſſum iniquitatem involveret, vid. *l. 1. §. 3. & l. 11. §. 1. ff. de pign. & hypoth.* Limita, ſi fructus ſint incerti, quo caſu, etſi debitum modum excedant, licet eos percipere ob incertitudinem, ne alio anno minus ferant, *l. 17. de uſur.* vid. *Berger in Theſ. Jur. n. 23.*

Sed quid ad iſta Conſtitutiones Pontificiæ? cùm omnes uſuras merè lucratorias ad utriusque ſacræ Paginæ imitationem, *Deut. 23. NON FOENERABERIS FRATRI TUO. Luc. 6. v. 35. MUTUUM DATE NIHIL INDE SPERANTES*, damnent *tot. tit. de uſur. X. in VI. & in Clem.* non potuerunt ejusmodi pacta non reprobare. *c. 6. de pignor. c. 1. & 2. de uſur.* Non poterit igitur hoc jure, niſi ob moram culpoſam in ſolvendo, vel ob lucrum ceſſans, ſeu damnum emergens (ex quorum præſumptione Jure hodierno uſuræ quincunces receptæ ſunt) fructus rei oppignoratæ creditor percipere. Excipe (I.) ſi Domino directo oppignorata ſit res feudalis *c. 1. de feud.* quia potiùs jure dominii, quàm uſurarum percipit, (II.) ſi marito in ſecuritatem dotis res frugifera pignori ſit tradita, *c. 16. de uſur.* & (III.) ſi Clerico beneficium à laico injuſtè detentum fuerit oppignoratum, *c. 1. de uſur. in fin.* quia hoc modo potiùs redimit de manu laici. Si igitur extra hos caſus, vel ultra legitimum

Digitized by Google

uſurarum modum creditor perceperit, debet fructus perceptos in ſortem imputare, *l. 3. C. de pign. act. Berg. ubi ſup. n. 21.*

Interrogas, quomodo hôc pactô adjectô differat à contractu retrovenditionis? In eo (I.) quòd iſte purus ſit, ac per ſe ſtans (II.) quòd pecunia habeat locum pretii, (III.) quòd transferatur dominium, conſequenter (IV.) emptor omnes omnino fructus ſuos faciat, nec eorum debeat rationem reddere, reique (V.) periculum ſuſtineat. Plures differentiæ videri poſſunt in *Theſ. Jur. ff. de pign. act. num. 19. & 55.* Quidnam autem partes voluerint agere, ex verbis deſumendum, ait *Stryck. de caut. contr. ſect. 2. cap. 4. §. 27. & ſeqq.* & videndum, num incipiant à mutuo, & erit res viciſſim tradita pignus, num ab emptione, & erit retrovenditio.

31 Effectus Pignoris proximus eſt obligatio ex parte utriusque contrahentis reſultans: Obligatur autem principaliter creditor ad rem, ſoluto (& quidem totaliter, *l. 9. §. 3. ff. de pign. act.*) (a) debito, in ſpecie cum omnibus fructibus (juxta limitationem ſuperiùs datam) & acceſſionibus, puta, alluvionibus, accretionibus, *l. 18. §. 1. ff. eod.* quò etiam ſpectat ſuo ſenſu Theſaurus, de quo vid. *l. 63. §. fin. ff. de A. R. D.* (b) ſalvam, & integram reſtituendam, ad damna dolo, vel culpa lata, aut levi reſarcienda, *§. ult. h. arg. l. 5. §. 2. & l. 17. ff. commod.* pignus etiam reſpicit utilitatem utriusque nimirum creditoris, ut ei ſit proſpectum, & debitoris, quia faciliùs creditores invenit. Neque ſibi ipſi obloquitur Ulpian. in *l. 13. §. fin. ff. de pign. act. venit autem*, ait, *in hac actione & dolus & culpa, ùt in commodato, venit & CUSTODIA: VIS MAJOR NON VENIT.* En quòd præter culpam etiam cuſtodia, id eſt diligentia exactiſſima, *arg. l. 47. §. 5. ff. de legat. 1.* præſtanda ſit, tantúmque excipiatur caſus fortuitus: Nam vera eſt ſententia Ulpiani, venire quandoque etiam culpam leviſſimam, ſi ſcilicet pignus reſpiciat commodum ſolius creditoris, fortè quòd ille etiam ſine pignore crediⅾiſſet, vel poſtea pignus intervenerit, adeóque intentio JCti non alia fuit, quàm oſtendere, pignus nihil habere ſpeciale ab aliis contractibus, ſed reſpicien-

(a) Jungat. *l. 11. §. 2. & 5. l. 20. §. 2. ff. eod.* Id, quod etiam procedit, ſi debitum principale inter creditores, vel debitores diviſum fuerit, quia cauſa pignoris eſt, & manet individua *l. 1. & 2. C. ſi unus ex plur. hæred. l. 1. & 2. C. de lui. pign. l. 11. §. 4. ff. de pignor. act.* Quò ſpectant & uſuræ, ſi pignus etiam uſurarum intuitu ſit traditum. Secus ſi ſolam ſortem reſpiciat. *d. l. 11. § 3 ff. eod.*

(b) Intellige quoad dimidiam partem; quippe alia dimidia pars manet penes creditorem jure inventionis. Imò ſi jure dominii juxta ductum *l. 3 §. 2. & 3. C. de jur. dom. impetr.* impetrato, invenerit, & tempus reluitionis, de quo vid. *l 5. §. fin. l. 6. ff. de diſtr. pignor.* jam expiraverit, totum retinebit *d. l. 63. §. fin. ff. de A. R. D.*

Digitized by Google

ciendum eſſe, quoad præſtationem culpæ, cujusnam gratiâ, uti in commodato, pignus fuerit conſtitutum. Et ita etiam erit limitandum reſcriptum in *l. 19. C. de pign. & hypoth.* vid. *Voët. ff. de pign. act. num. 5.* Alii inter quos eſt elegantiſſimi vir ingenii *Gerard. Nood. lib. 1. prob. c. 4.* pro *Ut* legunt *At.* Ingeniosè! An benè? ſanè quid librario levius accidere potuit, quàm *a* in *u* hiulcare, vid. *Theſ. Jur. d. t. n. 65.* Minùs principaliter obligatur debitor ad ſervandum creditorem indemnem, ſi in rem oppignoratam expenſas (neceſſarias, aut etiam utiles, de quibus conſul. *l. 8. pr. & l. 25. ff. eod. Theſ. Jur. d. t. n. 89.*) fecerit, vel aliàs intuitu pignoris ex culpa (levi) debitoris damnum paſſus fuerit, vid. *l. 16. §. 1. l. 31. & l. 36. pr. §. 1. ff. d. t.*

Effectus Remotus eſt Actio Pignoratitia, Directa, & Contraria. 32 Illa competit oppignoranti, & hæredibus contra creditorem, & hæredes, ut, ſoluto debito, pignus reſtituatur: quod procedit, eſto fuerit oppignorata res aliena, *l. 9. §. 4. ff. eod.* imò, etiamſi fur, aut latro oppignoraverit, quia illorum intereſt, poſſe rem reſtituere, *l. 22. §. 2. ff. d. t. arg. l. 15. & 16. ff. commod.* Dixi: *contra creditorem, & hæredes,* adeóque non contra tertium, ſeu ſecundum creditorem, cui primus creditor rem ſibi oppignoratam pignori dedit (niſi actio ceſſa ſit) quia debitor cum illo non contraxit: Agendum itaque erit contra illum, vel rei vindicatione, vel publiciana, *l. 13. pr. ff. de pign. act.* vel, ùt vult *Hopp. ad §. ult. h.* condictione ex *cap. 6. de pignorib.* quod erit faciliotis probationis; Ratio horum eſt, quia reſoluto jure dantis reſolvitur etiam jus accipientis, *l. 31. ff. de pign.* hinc Papinianus ad propoſitam facti ſpeciem in *l. 40. in fin. ff. de pign. act.* optimè advertit, ſecundo creditori, qui totum jus, quod habet, à jure primi metiri debet, *neque retentionem competere.* Voët. *ff. d. t. n. 3.* Sed quid, quod dicit: *ſecundi pignoris neque perſecutionem dari?* Cui ergo negabitur ſecundi pignoris perſecutio? num debitori, cui tamen, ex mox deductis, competit rei vindicatio, vel publiciana? num creditori, qui rurſus oppignoravit, & ita cum ſecundo creditore contraxit? Ita eſt, huic ſecundo negatur pignoris perſecutio, cùm contractus ſecundi pignoris ex eo, quòd debitor ſolverit, ipſo jure *arg. d. l. 31. ff. de pign. & hypoth.* jam ſit ſolutus, & cum eo actio extincta. Neque crucem tibi figat, quòd hæc actio poſſit debitori cedi, nam hoc verum eſt, antequam debitor primo creditori ſolvat, ubi actio nondum eſt extincta. *Iſta* nimirum contraria datur creditori, & hæredibus adversùs debitorem, & hæredes, ut ſervetur indemnis: Eſt utraque perſonalis civilis rei perſecutoria, bonæ fidei perpetua. Dictum fuit perſonalis: Nec enim implicat (imò al iter fie-

ſieri nequit) ex contractu etiam reali otiri actionem perſonalem, quia actio non à contractu tanquam cauſa remota (aliàs dixeris, dari actiones verbales, literales, & conſenſuales) ſed ab obligatione, ſeu potiùs jure ad rem, tanquam fundamento proximo, ſuam ſortitur eſſentiam.

TITULUS XVI.

De Verborum Obligationibus.

1 ALter modus obligationem ex contractu inducendi ſunt verba non materialiter ſpectata, prout ſunt manifeſtativa conſenſûs, hoc enim modo etiam pacta nuda ſæpè ineuntur, *l. 7. §. 12. ff. de pact.* ſed formaliter conſiderata, quatenus nempe contractus non aliter ſubſiſtunt, quàm, ſi accedant ſolennia verba, *pr. Inſt. & l. 1. ff. b. t.* & ideo dicitur obligatio verbis contracta, quod olim, ſi Cajo *Inſt. l. 2. tit. 9. §. 3. 4. & 5.* credimus, tripliciter fieri poterat, videlicet (I.) *ſolenni Dotis Dictione* (II.) juramento liberti, quo patrono dona, vel munera, ſeu operas ſe daturum, promittebat, in quibus interrogatione prævia non erat opus, & (III.) prævia interrgatione, ſeu ſtipulatione, quæ hodie totum ambitum contractuum verbalium includit, *l. 1. §. 7. l. 52. §. 2. de O. & A.* Nec enim fidejuſſio novam ſpeciem conſtituit, cùm eadem ſit forma, ſed tantùm objectô diſtinguuntur, quatenus ſtipulatio non ſemper aliam obligationem ſupponit, benè verò fidejuſſio. Quamvis non diffiteamur, ſtipulationem etiam aliis contractibus, ſed liberè, accedere, nec ſpectare ad eorum ſubſtantiam, uti contingit in fidejuſſione, quæ neceſſariò mediante ſtipulatione fieri debet. Dixi: *ſtipulationem aliis contractibus accedere;* Et quidem iis præprimis, in quibus ſine re, & literis obligationem inductam volebant Romani, nuda conventione neminem obligari ſtatuentes, *l. 45. ff. l. 27. C. de pact.* Imò & aliis contractibus firmandis ſtipulationes maximè erant in uſu, ùt probant ea, quæ habet Paulus, *lib. 5. ſent. tit. 7.* ibi: *obligationum firmandarum gratiâ ſtipulationes inductæ ſunt, quæ quadam verborum ſolennitate concipiuntur & appellatæ, quòd per eas firmitas obligationum conſtringitur, ſtipulum enim veteres firmum appellaverunt.* Interim tamen manebit aliàs natura tum ſtipulationis, tum alterius contractûs, cui erat appoſita: Hinc, etſi ſtipulatio adjecta ſit contractui bonæ fidei, nihilominus manet ſtricti juris, conſequenter, ſi fuerit venditioni appoſita, & placeat emptori ex ſtipulatu ad rem tradendam agere, non poterit fructus, niſi ex-

Digitized by Google

expreſſa de iis fuerit facta mentio, petere, per textus notabiles in *l. 3. §. 1. ff. de A. E. V.* & *l. 4. §. ſ. ff. de uſur.* quia, quidquid in hoc contractu verbis non exprimitur, omiſſum intelligitur, ut monet Celſus in *l. 99. ff. de V. O.* Ex his pariter fluit, tot eſſe ſtipulationum genera, quot contractuum, *l. 5. pr. verſ. conventionales ff. b. t.* cùm omnibus contractibus poſſit ſtipulatio accedere, imò ſine alio negotio nequeat efficaciter ſubſiſtere, *arg. l. 2. §. 3. ff. de dol. mal.* & *met. exc.* &, ſi ex mera liberalitate ad alterius interrogationem ſequatur promiſſio, erit donatio mediante ſtipulatione inita, *arg. l. 19. ff. de donat.* & *l. 53. ff. de Reg. Jur. cujus per errorem dati repetitio eſt* (ait ibi JC.) *ejus conſultò dati donatio eſt.* (a) Huc collineare videtur *Grotius de J. B.* & *P. c. 11. num. 21.* „neque promiſſiones, ait, quæ cauſam expreſſam non habent naturali„ter (addimus nos imò nec civiliter) ſunt irritæ non magìs, quàm rerum „donationes. At parum eſt, ne obliti ſimus dicere, quid ſit ſtipulatio.

Stipulatio à ſtipulo, quod veteribus idem ac firmum erat, derivata. *princ. Inſtit. b.* *Eſt contractus ex verbali interrogatione unius,* & *congrua reſponſione alterius reſultans*, ſeu, *Eſt contractus civilis verbis conſtans, quo quis interrogatus reſpondet, ſe præſtaturum id, de quo fuit interrogatus. arg. princ.* & *§. 1. Inſt. b.* Dixi: *Contractus*, non obſtante *l. 19. ff. de V. S.* ubi videtur ab eo diſtingui, nam ibi *ly contractus*, nimis ſtrictè ſumitur, ſcilicet pro contractu bilaterali. Eſt *civilis*, cùm nullo alio, quàm Romano Jure, ſolennis ille verborum conceptus in uſu fuerit; *Unilateralis ſtricti juris.* 2

Cauſa efficiens proxima (Remota enim eſt, ex dictis, Jus civile) ſunt contrahentes; qui nimirum ſibi ſtipulatur, & qui ſtipulanti promittit. Stipulari ſibi quilibet poteſt, qui juris acquirendi capax eſt, non enim ſe alteri, ſed alterum ſibi obligat, vid. *princ. Inſtit. de auth. tut. §. 9. de inut. ſtipul.* & *l. 6. pr. ff. de V. O.* Dixi: *ſibi: ſi quis alii, quàm ei, cujus juri ſubjectus ſit, ſtipulatur, nihil agit.* Sunt verba Triboniani in *§. 4. de inut. ſtipul.* Ratio datur ab Ulpiano in *l. 38. §. 17. ff. h. t.* quia inventæ ſunt hujuſmodi obligationes ad hoc, ut unuſquiſque ſibi acquirat, quod ſuâ intereſt. Poteſt nihilominus tertius intervenire, ſeu adjici ſolutionis gratiâ: quod etiam fieri intelligitur, ſi quis dicat; *Mihi, aut Titio dare ſpondes?* hic obligatio mihi acquiritur, ſolvi tamen Titio, etiam me invito, poteſt, *d. §. 4. de inut. ſtipul.* Quòd ſi mihi, & Titio (ſuppone 3

S ſi-

(a) Inde fluit, quòd, qui ex cautione (ſeu ex chirographo) agit, cauſam probare (niſi in cautione ſit expreſſa) compellatur in *l. 25. §. ſ. ff. de probat.* Nec enim contrahentes ſtatim ſe ſe verbis ſolemnibus aggrediebantur, ſed ſimpliciter conveniebat v. g. circa pretium, aut mercedem, & primùm poſtea ſtipulatione reciproca conventionem firmabant.

ſine ejus mandato) decem fuerim ſtipulatus, ſtipulatio tantùm valet quoad dimidiam partem, *d. §. 4.* Promittere poteſt quilibet, qui aliàs contrahere, & contrahendo obligari.

Objectum ſtipulationis ſunt res, & facta, quæ aliàs in contractum, ſeu obligationem deduci poſſunt, de quibus abundè actum eſt ſupra *tit. 14. part. 1. n. 6.*

4 Forma abſolvitur requiſitis, ubi principaliter neceſſaria ſunt verba, & quidem olim ſolenniter concepta, v. g. *promittisne? promitto: ſpondésne? ſpondeo*: Hodie quomodocunque congrua, *d. §. 1. b.* dummodò ore prolata, & auribus percepta, ac per ſe, vel per interpretem intellecta, *l. 1. in fin. ff. eod.* adeóque non ſufficeret annutus, neque exinde oriretur aliqua obligatio etiam naturalis, *l. 1. §. 2. ff. d. t.* fuit enim, uti ſupponimus, animus ſtipulandi, non paciſcendi, *Hopp. ad princ. b. t.* conſequenter nec mutus, nec ſurdus hunc contractum inire poſſunt, *§. 7. de inut. ſtipul.* aut abſentes, vid. *§. 12. d. t.* cùm non ſufficiant litteræ, niſi ad declarandam ſtipulationem jam anteà inter præſentes initam, & ita intellige *l. 57. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Neque ad hunc contrahendi modum ſunt trahenda verba Pauli in *l. 38. ff. de O. & A.* ibi: *quatenus placuit non minùs valere, quod ſcripturâ, quàm quod vocibus lingua figuratis ſignificaretur.* (a) *D. D. Franz b. t. n. 56.* Requiritur ulteriùs (II.) ut interrogatio, & reſponſio conveniant tum *in Objecto*, hinc non valeret, ſi petenti bovem promitterem equum, aut viciſſim, *§. 23. Inſt, de inut. ſtipul.* ſecùs, ſi tantùm erratum ſit in materia, vid. *l. 22. ff. de V. O.* tum in *Quantitate*, adeóque, ſi petenti centum promittam quinquaginta, aut petenti quinquaginta centum promittam, tantùm valet quoad quinquaginta, *l. 1. §. 4. ff. eod.* per quam explicandus *§. 5. de inut. ſtipulat.* Quid, ſi petenti Stichum, aut Pamphilum, vel Pamphilum, aut decem alter promittat determinatè Pamphilum? Stipulatio prorſus eſt nulla, cùm ad interrogata non reſponderit, *l. 83. §. 2. & 3. ff. d. t.* Alia eſt cauſa diverſarum ſummarum, quia in ſummis ſemper id, quod minus eſt reſpondiſſe videtur, *Voët. d. t. n. 7.* quapropter, ſi petenti decem aut quindecim promittantur decem, valet promiſſio, *d. l. & §§.* Idem dicendum, ſi petenti Stichum, & Pamphilum, promittatur Pamphilus *l. 1. §. 5. ff. d. t. §. 18. Inſt. de inut. ſtipul.* Tum in *Qualitate.* Idcir-

(a) Non igitur ſenſus eſt, quòd ſicut verbis contrahitur ſtipulatio, ita & ſcripturâ; ſed iſte: quòd eadem ad inducendam obligationem ſit vis ſcripturæ, quæ eſt verborum; dummodo utrinque ſit appoſita cauſa debendi, velut innuit ipſe textus in verbis SED ORATIONE QUAM EXPRIMUNT LITERÆ (idem de verbis, ùt ſuprà oſtendimus, & infrà *de literar. oblig.* meliùs videbimus) OBLIGAMUR.

Digitized by Google

circò petenti purè debeo purè, non ſub conditione promittere, *d. §. 5.* (a) Requiritur demum (III.) ut interrogatio, & reſponſio ſint continua continuitate ſaltem morali ita, ut partes ad aliud negotium non transeant, uti optimè exponit Venuleus in *l. 137. pr. ff. de V. O.* cui addi poteſt Ulpianus in *l. 1. §. 1. ff. eod.* (b) Dixi: *interrogatio*, quod non ita intellectum volumus, ut abſciſsè debeant præcedere verba interrogatoria, ſed ſufficiunt etiam propoſitoria: Praxis non rarò hæc erat ut ſtipulator conciperet, legémque diceret, qua ſibi cautum volebat, ad quam poſtea reſpondebat debitor, uti probat *Cocc. de uſ. & diff. hod. pact. & ſtipul. ſect. 2. §. 7.*

An ſtipulatio ſubſiſtat, ſi interrogatus, num centum dare velit, reſpondeat: quid ni? *Is utique in ea cauſa eſt, ut obligetur*, ait Ulpianus in *d. l. 1. §. 2. ff. d. t.* Inferet quis ex dictis, ſublatâ juxta *l. 10. C. de contr. ſtip.* ſtipulationis formulâ juris veteris, eſſe pariter ſublatam differentiam inter ſtipulationes, & pacta adeóque omnia eſſe redacta ad ſtatum juris gentium: ſed malè, quia imprimis adhuc neceſſaria ſunt verba; ulteriùs pactum eſt ipſum negotium principale, ſtipulatio à negotio contracto, cui adjicitur, pendet, *l. 5. pr. ff. h. t.* illúdque confirmat. Neque enim primo congreſſu (ait *Hub. hic n. 1.*) homines ſe verbis ſolenniter formatis aggrediebantur, ſed promiſcuis conveniebant, conventáque ſtipulatione mutua confirmabant. Accidentalia ſtipulationis ſunt conditio Dies, Modus, & Cauſa, uti in aliis contractibus, de quibus vid. dicta *ad cit. tit. 14. Part. 2. §. 2. n. 38. & ſeqq.* Hoc ibidem dictis adnotamus, quòd ſtipulatio in annos ſingulos una ſit, & ad hæredes transmittatur, *l. 16. §. 1. ff. de V. O. Stipulatio hujusmodi*, ait Pomponius, *in annos ſingulos una eſt, incerta, & perpetua.* Cui non contradicit Juſtinianus in *l. 34. §. fin. verſ. ſin autem. C. de donat.* ubi tunc una donatio videtur, ſi adjiciatur donationi (vel ſtipulationi) tempus vitæ, vel donatoris, vel donatarii, nam legi debere *NON* adjiciatur tempus vitæ, patebit legenti totum §phum. Legatum annuum econtrà multiplex eſt,

(a) Aliàs ſtipulatio eſt totaliter nulla. *cit. §. 5. h. l. 1. §. 3. ff. eod.* Dices fortè: qui conditionatè rogavit, multò magis cenſetur purè petere, & viciſſim, qui purè promiſit, cenſetur vel maximè etiam conditionatè promittere, cùm hoc minus ſit. At falſum eſt, obligationem conditionatam comprehendi in pura, ſicut ſumma minor continetur in majori, cùm illa iſtius pars ſit. Sanè ſi petenti decem in viginti conſentiam, vel viciſſim, in decem ſaltem convenimus; Sed econtra non convenimus, ſi ego petam conditionatè, tu verò purè promittas, vel viciſſim, quia una obligatio non eſt pars alterius. vid. tamen *d. l. 1. §. 3 ff. h. t.*

(b) Nec non *l. 12. pr. ff. de duob. reis conſtit.* ubi tamen non dubium eſt, quin locò PROLUTUS, legendum ſit PROCULUS.

l. 10. ff. quando dies leg. ibi Ulpianus: *cùm in annos ſingulos legatur, non unum legatum eſſe, ſed plura, conſtat.* Conſonat Paulus in *l. 11. ff. de ann. leg. cùm in annos ſingulos*, inquit, *legatur, plura legata eſſe placuit, & per ſingula legata jus capiendi inſpicietur.* Inde fluit, quòd primi anni jam cœpti legatum pro puro quidem habeatur, ſubſequentium verò ſit conditionatum, cui ineſſe videtur conditio: ſi legatarius vixerit, *l. 4. & 8. ff. d. t.* Aliter ſe habet ſtipulatio annua, quæ una, ac pura eſt, conſequenter conditio, ſeu capacitas ſtipulationis tantùm ſemel, & initio contractûs inſpicitur, *l. 35. §. ult. ff. de don. mort. cauſ. l. 78. ff. h. t. Vinn. ad §. 3. h. n. 4.*

5 Effectus ſtipulationis proximus eſt, ùt in aliis contractibus, obligatio præſtandi id, quod promiſſum eſt, ita, ut, ſi plures res disjunctivè in ſtipulationem deductæ ſint, electio ſit penès promittentem, quamnam velit præſtare, *arg. c. 70. de R. J. in 6.* ibi: *in alternativis ſufficit alterutrum præſtitiſſe*, niſi creditor ſibi de electione vigilaverit, *l. 112. pr. ff. h. t.* Effectus Remotus eſt actio ex ſtipulatu, & quidem *Certi* (quæ condictio certi nuncupatur) ſi res certa in ſtipulationem ſit deducta, *l. 24. ff. de R. C.* vel *Incerti* (quæ actio ex ſtipulatu in ſpecie audit *Hub. h. n. 5.*) ſi quid incertum promiſſum ſit, v. g. Equus in genere, vel, ſi agatur ad intereſſe, *pr. Inſt. h. l. 75. §. 1. & ſeqq. ff. eod.* (a) Eſt utraque Civilis Perſonalis Rei perſecutoria Stricti juris Perpetua: Datur ſtipulanti, & hæredibus, contra promittentem, & hæredes, ad id, quod promiſſum eſt, conſequendum. Ubi pro regula notandum, quòd, eſto animus ſtipulandi, ex interrogatione, & reſponſione præſumatur, *arg. l. 7. §. 12. ff. de pactis, arg. l. 1. C. de contr. ſtipul.* in dubio tamen facienda ſit interpretatio contra ſtipulatorem, *l. 38. §. 18. ff. d. t.* cùm ab ejus interrogatione ſtipulatio initium capiat, conſequenter eidem imputandum, quòd non apertiùs verba conceperit, unde, ſi ſibi decem, & Titio decem fuerit ſtipulatus, eadem decem dixiſſe credendus eſt, *d. l. 38. §. 19.* adeóque eidem tantùm quinque debebuntur, *arg. §. 4. Inſt. de inut. ſtipul.*

6 At oleum, & operam perdimus, dum multa de ſtipulatione blateramus (ita obmurmurat juratus fori Rabula) cùm hodiernis moribus, ubi pactis, non ſtipulationibus ligantur cives, Romanorum hæ nugæ

(a) Quoniam autem intereſſe plerumque eſt incertum, ſolet adjici pœna, quæ valet, eſto ſtipulatio Principalis ſit inutilis, ùt ſi promittatur factum tertii §. 19. & 21. *de inutil. ſtipul.* modò obligatio principalis non involvat turpitudinem *l. 69. & 103. ff. h. t.* Cæterùm pœna debetur, quamvis præſtatio facti, ſeu rei fuerit difficilis *l. 2. §. 2. ff. h. t.* imò promittenti (dummodò non aliis & abſolutè) impoſſibilis *d. l. 137. §. 5. ff. eod.* aut promiſſor morte præventus *l. 77. ff. d. t.* dummodo mora commiſſa ſit. vid. *l. 72. §. 1. & ſeq. ff. eod.*

gæ ab uſu jam receſſerint, adeóque non niſi pulvere ſcholaſtico involvendæ! Heus tu! parciùs iſta: Damus equidem, uſum non eſſe frequentem, nec ampliùs neceſſitatem ad ſtipulandum adigere: Interea nullatenus concedimus, hunc contractum eſſe planè abolitum, ejúsve notitiam eſſe ſuperfluam, cùm ferè omnia, quæ de ſtipulatione (præter verborum ſolemnitatem) ad pacta, aliósque contractus poſſint applicari, utì optimè poſt alios advertunt melioris prudentiæ, ac notæ Pragmatici, *Voët. ff. de V. O. n. 1. cit. Hopp. U. H. ad h. t.* ubi ſuprà. Neque illud admittimus, quod non pauci volunt, inter pacta, & ſtipulationes omnem differentiam hodiernis moribus eſſe ſublatam, ùt probant ea, quæ habet *laud. Cocc. integra Diſſert. de different. pact. & ſtipul.* ſiquidem dantur pacta, quæ neque actionem, neque exceptionem generant, ùt ſunt pacta de contrahendo, permutando, *arg. l. 3. §. 2. & l. ult. ff. de condict. cauſ. dat.* Item, ut emptio-venditio ſcriptotenus fiat, *arg. §. 1. de empt. vend. l. 17. C. de fid. inſtr.* Stipulatio vim cautionis habet, *l. 1. §. 4. de R. C.* non item (etiam hodie) pactum. *cit. Auth. d. l. ſect. 2. §. 1. 2. & 3.* Ulteriùs ſtipulatione tolli obligationem ipſo jure omnibus certum eſt, non item pacto, quòd, eſto roboratum ſit, ut hodie actionem producat, non tamen ita firmum apud omnes, etiam Pragmaticos, habetur, ut actionem ipſo jure tollat, utì videre eſt apud *cit. Cocc. ubi ſup. ſect. 3. §. 3.* quæ ſententia (ſuppoſita quondam quoad pacta nuda receptione Juris Romani) exinde probatur, quòd in ordine ad hunc effectum nihil immutatum appareat. Quid autem interſit, obligationem ipſo jure, num per exceptionem tolli, pluribus tradit *Cocc. junior ff. de pact. q. 18.* (a) Ulteriùs obligatio per ſtipulationem, ſeu per acceptilationem remiſſa indiſtinctè prodeſt omnibus, nimirum ſociis, fidejuſſoribus, hæredibus, *l. 16. ff. de acceptil. arg. l. 43. ff. de ſolut.* non item pactum, ſi ſit perſonale, *l. 22. & 25. §. 1. ff. de pact.* vel, ſi fidejuſſores, reo invito, & animo donandi interceſſerint, *l. 32. ff. de pact. arg. l. 60. ff. de fidejuſſ.*

TITULUS XVII.

De duobus Reis ſtipulandi, & promittendi.

INtellectâ ſtipulationum naturâ, earúmque uſu, pediſſequa eſt etiam illarum multiplicitas. *Prima* autem diviſio, qua diſcerpuntur, eſt in Simplices, & Correales. *Simplex* ſtipulatio eſt, ubi unus eſt credi-

(a) Revid. dicta *ad tit. de oblig. part. 2. n. 24. verſ. Nam obligatio.* nec non *ad tit. Quib. mod. tollit. oblig. n. 4.*

ditor, & unus debitor; *Correalis*, ubi plures ſunt vel debitores, vel creditores. Illi vocantur *Correi promittendi* (vel in aliis negotiis) *debendi*. Iſti plures *Correi ſtipulandi*, vel (in aliis contractibus) *credendi*. Ut autem dici poſſint plures Correi debendi, debent unam, eandémque rem in ſolidum, ex una eadem causa, uno eodémque tempore promiſiſſe, v. g. *Mævi decem aureos dare ſpondes, & Sei eosdem decem aureos dare ſpondes?* & reſpondiſſe ſingulos ſeparatim: *Spondeo, princ. Inſtit. h.* Poteſt autem modus, & tempus ſolutionis (non ſtipulationis. vid. *l. 12. ff. d. t.*) eſſe diverſum, ita, ut unus purè, alter ſub conditione, unus ſtatim, alter in diem debeat, atque ab illo ſtatim peti poſſit. *§. fin. d. t. l. 7. ff. eod. Vinn. ad cit. §. n. 1.* Nec etiam implicat reſpectu unius obligationem ſubſiſtere, non item reſpectu alterius, ùt, ſi Titius habeas liberam rerum ſuarum adminiſtrationem, & pupillus ſine authoritate tutoris promittat, *vid. l. 6. pr. & §. 2. l. 8. l. 12. §. 1. & 15. ff. h. t. Voët. ibid. n. 2.* Illud tamen naturam correalis ſtipulationis evertit, ſi unus culpam præſtet, alter non, *l. 9. §. 1. ff. h. t.* eſt enim impar cauſa, quæ nunquam par fieri poteſt: *cit. Vinn. ibid.* Pariformiter, ut haberi poſſint tanquam plures correi ſtipulandi, ſeu credendi, debet ad eorum interrogationem promiſſor ex eadem cauſa, circa eandem rem reſpondiſſe, ùt putà, ſi Cajus interroget: *Titi dabiſne mihi decem,* & Mævius itidem: *Dabiſne mihi eadem decem*: & Titius reſpondeat: *utrique veſtrûm dabo.*

Jam circa plures Correos debendi, ſeu promittendi eſt regula, quòd quilibet teneatur in ſolidum, *l. 2. & 3. ff. de duob, reis conſt.* ſine ſpe beneficii diviſionis, *l. 4. C. d. t.* Nullatenus obſtante, *nov. 99. c. 1.* cùm loquatur tantùm de iis Correis, qui mutua fidejuſſione ſimul tenebantur, adeóque erant & debitores principales, & ſimul reſpectivè fidejuſſores. Cæterùm, ubi plures ſunt correi debendi, unius ſolutione reliquos liberari, certum eſt, ex *§. 1. h.* Aliter dicendum, ſi unus capite minuatur, & ita liberetur, *l. ult. ff. d. t.* vel unus hæres fiat creditoris, adeóque ejus reſpectu extinguatur obligatio, *l. 71. ff. de fidejuſſ.* vid. *cit. Voët. ubi ſup. n. 5. in fin.* Quoad plures correos credendi, ſeu ſtipulandi regula ſimiliter traditur, quòd cuilibet res promiſſa debeatur in ſolidum, ut quilibet poſſit eandem petere, *§. 1. h. l. 16. ff. eod.* aut etiam obligationem acceptilando remittere, *l. 31. ff. de novat.* adeóque re uni ſoluta, vel obligatione per acceptilationem remiſſa, vel per novationem mutata, ab aliis peti amplius nequeat, *citt. ll.* ſi tamen contra unum agere cœperit, & poſtea pœniteat, aut ab illo ſolidum conſequi non potuerit, haud prohibetur, alios convenire ad id, quod ſibi deeſt, vel quem-

quemlibet pro parte convenire, *l. 3. §. 1. l. 11. pr. ff. l. 2. & 3. C. d. t.* Non enim conventione, ſeu electione, ſed ſolutione debitores liberari, conſtat. Ex quibus apparet, quòd non dicantur correi tantùm quoad exactionem, aut ſolutionem, ùt vult *Titius in Theſ. Jur. ff. h. n. 1.* ſed etiam quoad jura, & obligationes. Ait quidem cit. Author, correos eos propriè dici, qui reſpectu ejusdem obligationis debitores ſunt, vel creditores, adeóque, quibus una res pro rata debetur, ſed ita, ut ſinguli electivè totam exigere queant; & qui eandem rem pro rata debent, ſed ſinguli pro libitu creditoris totum præſtare teneantur; pertinet igitur (docet ille) qualitas correalis non ad ipſa jura, & obligationes, quæ utique pro rata pluribus competunt, plures gravant, ſed ad exactionem; & ſolutionem; Verùm hoc diſcurſu nihil evincitur: cùm ex allegatis ſuprà texx. expreſsè dicatur, cuilibet jus in ſolidum competere, perinde, ac, ſi unus ſolus ſibi ſtipulatus eſſet, vid. *d. l. 31. ff. de novat.* Eſto igitur plures ſint obligationes, & jura, quia tamen eſt idem objectum, quod in ſolidum, & ex eadem cauſa debent, adhuc propriè dici poſſunt correi, uti conſideranti patebit. Neque, ùt putat Author, eſt quæſtio nominis, cùm, ſi quilibet quoad partem (ſpectato jure) debeat, ſi totum ſolvit, habet contra correum regreſſum, & ſi uni ſolidum ſolvatur, debet pro rata dividere, veluti arguit *loc. cit. num. 16. & 20.* ſed contra textus apertos in *l. 16. ff. h. t. & l. 26. ff. ad L. Falcid.* Aſt, utrùm unius mora alteri noceat? Negat Martianus in *l. 32. §. pen. ff. de uſur.* ibi: ſed, *ſi duo rei promittendi ſint, alterius mora alteri non nocet.* His obloqui videtur Pomponius in *l. 18. ff. h. t. Ex duobus,* inquit, *reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* Diſtinguit Titius in *Theſ. Jur. h. n. 39.* num mora, aut factum alterius novam obligationem inducat, v. g. ad ſolvendas uſuras, num priorem obligationem (dic meliùs obligationis objectum) tantùm immutet, ùt, ſi, re ex mora alterius perempta, præſtanda foret æſtimatio? priori caſu mora haud nocet, quia in novam obligationem non conſenſit, benè verò poſteriori, quia non nova inducitur obligatio, ſed tantùm ejus objectum mutatur, adeóque manet ſub obligatione, quam ſemel ſuſcepit. Quòd, ſi hæc conciliatio non arrideat, cùm mora, quæ in omiſſione potiùs conſiſtit, factum dici nequeat, tene, moram non nocere, benè verò factum puta licitum, & ad negotium pertinens, veluti eſſe poteſt novatio, acceptilatio; aliud enim eſt mora, aliud factum, *vid. l. 91. §. 3. ff. de V. O.*

TI-

TITULUS XVIII.
De Stipulatione Servorum.

Sibi, non alteri ſtipulari quem poſſe, perpetua regula eſt ex *§. 4. de inut. ſtipulat.* Exceptio una datur in ſervo, qui ex *perſona Domini* (ex propria enim ſervi pro nullis habentur, *l. 32. ff. de R. J.) jus ſtipulandi habet*, ita, ut non tantùm Domino adhuc viventi, ſed etiam eo mortuo (ante aditionem) hæreditati, utpote, quæ defunctum repræſentat, & ex conſequenti hæredi acquirat, *pr. Inſt. h. t.* Dixi: *ex conſequenti;* directè hæredi, quia nondum Dominus eſt, hæreditate jacente acquirere nequit, *l. 16. & 28. §. fin. ff. h. t. Idem juris eſt* (pergit Tribonianus in *§. 1. ibid.* éſtque altera Exceptio) *& in liberis, qui in poteſtate patris ſunt, in quibus cauſis acquirere poſſunt.* Quidquid igitur ſervus, vel filiusfamilias medio ſtipulationis acquirunt Domino, vel Patri (intellige intuitu peculii profectitii, vel etiam adventitii ordinari quoad uſumfructum) acquirunt: Limita, ſi factum in ſtipulationem fuerit deductum, v. g. ſi ſervus ſtipuletur, ut ſibi liceat ire, agere, quo caſu ipſe tantùm prohiberi non debet, non etiam Dominus ejus, *§. 2. d. t. vid. l. 38. §. 6. ff. de V. O.* Quod ſublimitandum, ſi iter ad fundum Domini ſtipulatus ſit, *arg. l. 17. ff. d. t.* Si ſervus communis fuerit ſtipulatus cuilibet Dominorum (niſi unius juſſu ſtipulatio facta ſit) acquirere dicitur in *§. 3. eod.*

TITULUS XIX.
De Diviſione Stipulationum.

Ulterior ſtipulationum diviſio hic traditur. Alias nempe eſſe *Judiciales*, quæ à mero Judicis officio proficiſcuntur, veluti cautio *de dolo §. 1.* quibus non eſt locus, niſi poſt litem conteſtatam, ubi primùm incipit Judicis officium, *l. un. C. de lit. cont. Vinn. ad pr. h.* Alias *Prætorias*, quæ à mero Prætoris officio procedunt, veluti *Damni infecti*, quâ quis de damno futuro, ex ædificio ruinoſo imminente reſarciendo cavet: *Legatorum* præſtandorum gratiâ, qua legatis oneratus promittit, ſe ea ſuo tempore (adveniente nimirum conditione, vel die) ſoluturum, *l. 5. §. 2. l. 14. & 15. ut leg. vel fideicommiſſ. cauſ. cav.* Iſtæ obtinent extra judicium, videlicet ante litem conteſtatam, cùm ſtatim

tim à limine judicii poſſint exigi, *arg. l. 7. de damn. inf. l. 1. §. 1. & 2. ff. de ſtipul. præt. cit. Vinn. ubi ſup. ad §. 2.* Item Cautiones Ædilitiæ (quæ reſpiciunt ſecuritatem eorum, quibus res vitioſæ ſunt venditæ) *§. 2. eod.* Alias *Conventionales*, quæ ex conventione utriusque partis, id eſt ſine juſſu vel Judicis, vel Prætoris concipiuntur, ſúntque tot penè genera, quot rerum contrahendarum, *§. 3. d. t.* Alias *Communes*, quæ quandoque à Prætore, quandoque à Judice, prout res poſtulat, imponuntur, quò ſpectant cautiones *Rem ſalvam fore*, vel *de Rato §. 4. d. t.* Solent equidem & iſtæ ante litem conteſtatam exigi, ſi tamen exactæ, aut impoſitæ non ſint, etiam poſt L. C. exigi poſſunt, uti latiùs deducit *laud. Vinn. ibid. ad §. 3.* Judiciales, & Prætoriæ (idem de communibus) dicuntur *Neceſſariæ*, cùm fiant ex juſſu, vel Judicis, vel Prætoris. Conventiones nuncupantur *Voluntariæ*, cùm ex libero contrahentium arbitrio præſtentur. Præter datam differentiam & illud occurrit diſcrimen, quòd illæ regulariter fidejuſſoribus expediri debeant, *§. 7. de ſtipul. præt.* non item iſtæ, cùm ex mero arbitrio præſtentur. Earum interpretatio fit à Magiſtratu, *l. 52. ff. de V. O. l. 9. ff. de ſtipul. præt.* Harum verò ſenſus contra ſtipulantem in dubio explanandus, *l. 26. ff. de Reb. dub.* Priores ſæpiùs (ſi fortè fidejuſſores fiant non ſolvendo) ſunt præſtandæ, vel repetendæ, *l. 4. de ſtipul. præt.* cùm ſine culpa ſtipulatoris cautum eſſe deſierit: non etiam Poſteriores, cùm ſibi imputare debeat ſtipulator, non meliùs ſuæ ſecuritati proſpexiſſe, aliam rationem vid. *apud Hopp. h. ad §. 1.*

TITULUS XX.
De inutilibus Stipulationibus.

INutilis fit ſtipulatio (& hi modi juxta conſuetam methodum dicuntur ſtipulationis Contraria) per omnia cauſarum genera. Adeóque *Primò à CAUSA EFFICIENTE* redditur inutilis, ſi promittat ille, qui non poteſt contrahere, v. g. furioſus, pupillus, aliæque ejusmodi perſonæ, quibus bonorum adminiſtratio eſt interdicta, vid. *§. 8. 9. & 10. h.* nec non dicta ſuperiùs de obligationibus, *p. 2. ſect. 2. n. 36.* *Secundò à SUBJECTO* evadit inutilis, ſi quis alteri, quàm ſibi, vel ſaltem ei, cui ſubjectus eſt, ſtipuletur, *§. 4. h.* rationem dedimus, *ad tit. de V. O. n. 2.* (a)

(a) Num & hodie? Etiam hodie non aliter: Nullibi quippe immutatum legitur. Non obſtat, quòd poſſimus facere alterius conditionem meliorem. Nam verum quidem eſt, ſed ſine

Limitationes videri poſſunt apud *Vinn. h. n. 2. & 4.* Hic tamen advertendum, non tantùm filium patri, ſervum Domino, ſed etiam viciſſim (quoad ea, quæ juris ſunt) ſtipulando acquirere poſſe, *l. 39. l. 130. ff. de V. O.* Patris enim, vel Domini intereſt, filio, vel ſervo obligationem adipiſci, quæ hoc ipſo ipſi Patri, vel Domino acquiritur. *Tertiò ab OBJECTO* fiet inutilis, ſi verſetur circa rem exemptam commercio humano, vel planè, quæ non eſt, nec ſperatur in rerum natura, *§. 1. & 2. h.* vel etiam, ſi promittatur factum tertii, *§. 3. eod.* Recapitulontur, ſi oblivio memoriam obſideat, dicta *ad tit. de obligat. p. 1. n. 7.* Quibus ſuperaddimus nihil intereſſe, utrùm contrahentes ſciverint, vel ignoraverint, rem exemptam eſſe commercio humano, adeò, ut promiſſor neque teneatur ad intereſſe, *arg. l. 103. ff. de V. O.* Nec officiunt verba textûs in *§. 2. h. & l. 1. §. 9. ff. de O. & A.* ibi: *quam humani juris credebam.* Nam de tali ſtipulatore majus videbatur dubium, quàm de ſciente, *Vinn. h. ad §. 2. n. 3.* Alia eſt ratio emptionis-venditionis, utpote contractûs oneroſi, ubi oritur obligatio ſaltem ad intereſſe, *§. ult. de empt. vend.* Quid, ſi tempore contractûs fuerit in commercio, & poſtea deſiit, ut, ſi res profana ſacra, vel ſervus liber fieret? Si ſine culpa promiſſoris, evaneſcit ſtipulatio, vid. text. notabilis in *l. 83. §. 5. ff. de V. O. l. 11. ff. de ſervit.* quæ toties obtinet, quoties negotii jus adhuc pendet, ita, ut ad ejus perfectionem adhuc aliquid deſideretur, ubi verò negotium perfectum eſt, procedit regula è diametro contraria: quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt, perdurant, etſi venerint ad ſtatum, à quo incipere non poſſent, *l. 85. §. 1. ff. de R. J. arg. l. 29. & pen. ff. eod.* Addatur Vinn. ad *§. 14. de leg. n. 2. & ſeqq. & ad §. 2. h. t. n. 8. & ſeqq. Quartò à FORMA* erit inutilis, ſi reſponſio interrogationi non congruat, ùt, ſi petenti purè ſub conditione promittatur, aut viciſſim, *§. 5. h.* Vel ſi ab eo, qui tuo juri ſubjectus eſt, ſtipulatus fueris, *§. 6. d. t.* vel etiam à muto, *§. 7. eod.* aut, ſi ſtipulationi adjecta fuerit conditio impoſſibilis, *§. 11. d. t.* vel concepta ſit inter abſentes, *§. 12. eod.* quæ omnia *titt. priorib.* jam præoccupavimus. *Quintò* dicitur inutilis *ab EFFECTU*, ſi ad tempus inhabile ſit reſtricta, vel relata, ùt, ſi quis rem ſuam futuram in eum caſum, quo ſua erit, ſibi ſtipuletur, *§. 22. h.* aut etiam, ſi ex cau-

ſine præjudicio tertii, & ſi agatur de obligatione tollenda, *arg. l. 47. ff. de O. & A.* non autem inducenda, cùm omnes obligationes ſint odioſæ. Limitatur (I.) ſi ſint negotia, quæ perficiuntur traditione *l. 9. §. pen. ff. de R. C. l. 126. §. 2. de V. O.* juncta *l. 53. ff. de A. R. D.* (II.) Si quis ut nudus miniſter contrahat *l. 14. §. fin. l. 15. ff. de pecun. conſtit.* (III.) Si ſtipulantis interſit. Vel (IV.) pœnam ſibi ſtipuletur. *§. 18. & ſeq. h. t.* & juxta notata ſuperiùs *de V. O. ad n. 5.* Vel ſaltem (V.) ſi ſit perſona conjuncta, ùt frater pro fratre, maritus pro uxore, & viciſſim.

cauſa turpi ſtipulatum fuerit *§. 24. eod.* At de his ſatis: quippe non vacat antiquam crambem repetere. Sit potiùs

TITULUS XXI.
De Fidejuſſoribus.

SI unquam ſtipulatio obligationis firmandæ cauſâ, ùt ſuo loco notavimus, adjungitur, hoc certè fit in fidejuſſione, quæ neceſſariò obligationem præviam, & quidem alienam (en differentia à ſtipulatione in ſpecie, *l. 1. §. 8. ff. de O. & A.*) præſupponit. Fidejuſſio quippe ex eo ſic dicta, quòd alter, quaſi jubeatur ſub fide noſtra tertio contrahenti (debitori) credere, nil aliud eſt, quàm *Contractus civilis verbis conſtans, quo quis alterius obligationem in fidem ſuam recipit, manente altero* nempe debitore, pro quo fides interponitur, *nihilominus obligato.* Quia verò nec ſemper debitoris principalis, nec etiam eodem modo fidem noſtram interponimus, ideo 1

Alia eſt Principalis, alia Succedanea. *Prior* eſt, dum quis obligationem ipſius debitoris principalis in fidem ſuam ſuſcipit. *Poſterior*, ùt cum aliis explicat *DD. Franz h. n. 4.* qua obligatio ipſius fidejuſſoris ſuſcipitur, quod contingere poſſe ait, ſi ipſe fidejuſſor videatur creditori ſuſpectus, vel minus habens, adeóque alium ſubſtituere debeat. Aliter fidejuſſorem ſuccedaneum explicat *Hopp. ad §. 1. h.* Eſt nempe ille, qui datur ipſi fidejuſſori primo, ſeu in gratiam non ipſius creditoris, ſed ipſius primi fidejuſſoris, ita, ut, ſi iſte pro debitore principali ſolvere coactus fuerit, regreſſum habeat contra fidejuſſorem alterum, nimirum ſuccedaneum, qui ideo vocatur ein Ruck-Burge, ídque probat ex *l. 8. fin. & l. 27. §. 2. ff. h. t.* Differunt igitur hi duo Authores, quòd juxta opinionem *D. D. Franz* uterque fidejuſſor tum principalis, tum ſuccedaneus detur in gratiam creditoris, ſecundùm Hoppium verò ſuccedaneus in primi fidejuſſoris commodum ſeu ſecuritatem conſtituatur. Nos utramque explanationem eò lubentiùs recipimus, quò certiùs eſt, utroque modo poſſe fidejuſſionem interponi (a), ita tamen, ut explica-

T 2 tio-

(a) Hinc nullatenus placet eorum opinio, qui contendunt in fidejuſſione ſuccedanea alterum fidejuſſorem, nimirum ſuccedaneum nunquam poſſe à creditore principali conveniri, hoc quippe, ſalva prima explicatione, quæ nullibi rejicitur, nullámque implicantiam involvit, oppidò falſum videtur. Profectò id ex *l. 8. §. fin. ff. h. t.* non probatur. Textus ita habet: *Pro fidejuſſore fidejuſſorem accipi, nequaquam dubium eſt.* Ubi verba primæ explicationis excluſiva? An non ſecundus in locum primi ſuccedit, caſu quo creditor principalis de alio fidejuſſore ſibi proſpexit, ſi primus non erit ſolvendo? Quid obſtet, non video.

tioni priori magis favere videatur Ulpianus tum in *d. l. 8. §. fin.* ibi: *Pro fidejuſſore* (ſcilicet tanquam debitore acceſſoriè obligato) *fidejuſſorem accipi, nequaquam dubium eſt*: tum etiam in *cit. l. 27. §. 2.* ibi: *præterea, ſi quæratur, an ſolvendo ſit principalis fidejuſſor, etiam vires ſequentis fidejuſſoris ei adrogandæ ſunt.* Apertiùs mentem ſuam declarat Laud. Ulpianus in *d. l. 27. §. fin. ff. h. t.* ibi: *ſi fidejuſſor fuerit principalis, & fidejuſſor fidejuſſoris, non poterit deſiderare fidejuſſor, ut inter ſe, & eum fidejuſſorem, pro quo fidejuſſit, dividatur obligatio, ille enim loco rei eſt, nec poteſt reus deſiderare, ut inter ſe, & fidejuſſorem dividatur obligatio.* Jam ſi fidejuſſor ſuccedaneus ille eſſet, contra quem primus fidejuſſor regreſſum haberet, malè diceretur reus, cùm potiùs eſſet actor: hic utique alter fidejuſſor fidem ſuam interpoſuit, pro primo fidejuſſore fortè minùs habente, hoc ipſo, quòd primus fidejuſſor ſe habeat, ùt reus.

Alia rurſus eſt fidejuſſio Simplex, alia Indemnitatis. *Simplex* eſt, quâ quis alienam obligationem ſimpliciter, & abſolutè in fidem ſuam recipit; *Indemnitatis*, quando fidejuſſor tantùm pro eo caſu vult eſſe obſtrictus, quando principalis debitor non eſt ampliùs ſolvendo; unde patet diſcrimen, quòd ille ſtatim ſit obligatus, uti ipſe principalis, iſte verò non aliter, & primùm tunc, quando debitor non eſt ampliùs ſolvendo, conſequenter, quamdiu debitor ſolvendo eſt, nullatenus obligatur, neque indiget beneficiô ordinis, ſeu excuſſionis, cùm ipſo jure tutus ſit. Unde minùs congruè quæſtionem reſolvit *D. D. Someting h. t. num. 18.* non obſtante renunciatione, eidem (fidejuſſori indemnitatis) competere beneficium ordinis.

Alia demum eſt *Neceſſaria*, non ex parte fidejuſſoris, quia nemo ad fidejubendum cogi poteſt, ſed debitoris, quando videlicet debitor per fidejuſſores cavere debet, qualis eſt uſufructuarius, *l. 13. pr. ff. de uſufr.*

Alia *Voluntaria*, quando fidejuſſores ſpontè dantur. Differunt, quòd fidejuſſor neceſſarius etiam ex poſt facto conſtituendus ſit, eſto fortè ab initio non fuerit conſtitutus, *l. 7. pr. uſufr. quem ad cav.* At fidejuſſor voluntarius ampliùs exigi non poteſt, ſi creditor ab initio ſibi hac in parte non proſpexit. *Ludov. in Theſ. Jur. h. n. 3.*

2 Cauſa Efficiens *Remota* eſt jus, & quidem, ſi conſideretur, quatenus fieri debet mediante ſtipulatione, Civile: Proxima fidejubens: Fidejubere poteſt, qui aliàs contrahere, & contrahendo obligari, nec ſpecialiter prohibentur: Specialiter verò prohibentur, ſaltem promiſcuè CLERICI, *c. 1. h. t.* ibi: *Clericus fidejuſſionibus INSERVIENS abjiciatur.* Dixi *promiſcuè*, nam pro uno, alióque negotio fidejuſſio Clericis non eſt vetita, *arg. c. 2. d. t.* Item FOEMINÆ ob beneficium SCti Vellejani

jani, de quo mox infra. MILITES, ne, omiſſo armorum uſu, ad negotia forenſia ſe conferant, & vicinis graves, præſumptione cinguli militaris, exiſtant, ùt ferè diſſerit Imp. Leo in *l. 31. ff. de locat. cond.* Sanè ſunt & alii, qui poſſunt quidem fidejubere, à creditoribus tamen pariter ſine injuria recuſari: quò ſpectant PAUPERES, *arg. l. 2. pr. ff. qui ſatisd. cog.* MINORES annis 25. curatorem non habentes, vel habentes, ſed accedente ejus conſenſu (aliàs enim fidejuſſio nulla eſt, *l. 3. C. de in integ. reſtit.*) ob periculum reſtitutionis in integrum, *arg. l. 7. §. 3. ff. de min. & l. 48. §. 1. ff. h. t.* GAUDENTES privilegio fori, niſi ei (ſuppoſito, quòd poſſint) renuncient, *arg. l. 1. ff. ſi quis in jus voc. non ierit.* Sunt enim difficilioris conventionis.

Subjectum ſunt illi, quibus indemnitas promittitur, ſive in cujus ſecuritatem fidem noſtram interponimus. Verbô Creditores. Poteſt autem cuilibet creditori ſponderi ſecuritas, ſi fœminam, quæ à marito ratione dotis conſervandæ fidejuſſores exigere nequit, excipias *tot. rubr.* cum ſuo nigro, *C. ne fidejuſſ. vel mand. dot. dent. Generali definitione conſtitutionem priſtinam ampliantes ſancimus* (ita diſſerit Imperator in *l. 2. C. d. t.*) *nullam eſſe ſatisdationem, vel mandatum pro dote exigendum, vel à marito, vel à patre ejus, vel ab omnibus, qui dotem ſuſcipiunt. Si enim credendam mulier ſeſe, ſuámque dotem patri mariti exiſtimavit, quare fidejuſſor, vel alius interceſſor exigitur, ut cauſa perfidiæ in connubio eorum generetur.* Dixi: *exigere.*

3 Ambigitur autem, num poſſit fidejuſſores à marito oblatos acceptare? Affirmativæ ſubſcribit poſt alios à ſe citt. (inter quos tamen vix erit Stryckius, qui tantùm relativè pro praxi hanc ſententiam allegat) Magnif. P. Schmier *lib. 3. Tr. 3. c. 4. n. 82.* Ea motus ratione, quòd tantùm prohibita ſit exactio fidejuſſorum: non utique ſine myſterio! Accedit, quòd poſſit uxor acceptare pignora, *l. 7. §. 6. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Negativæ patrocinatur Fachin. *lib. 8. contr. cap. 76. D. D. Franz b. n. 13.* Princeps horum ratio eſt, quia videtur pugnare eadem differentia, ſive exigantur, ſive oblati fidejuſſores acceptentur; cùm utique etiam acceptando, uxor non tantùm marito diffidit, ſed inſuper extraneo magìs fidit. Reponit quidem *Laudat. Magnif.* poſſe maritum erga uxorem *Exigentem* conqueri, ejúſque diffidentiam arguere, quòd non verificatur, ſi obtulerit, cùm debeat ſibi imputare: Quòdſi ſe politicè, ad explorandam uxoris fidem egiſſe, dicat, indignus eſt, ut audiatur, quoniam actum allegat, qui turpitudine non caret. Ita ille. At hæc reſponſio urgeri poteſt, quòd interventus fidejuſſoris non tam ſit prohibitus ob favorem ſpecialem hujus, vel illius matrimonii, ſed ob pe-

Digitized by Google

periculum generale, quod ſubeſſet, ſi inter conjuges, quorum fides, uti inviolabilis, ita maxima eſſe debet, perſona extranea interceſſionis titulô admitteretur. Receptâ igitur ſententiâ negativâ, quæ exinde egregiè roboratur, tum, quòd Rubrica ſit generalis: *Ne fidejuſſores, vel mandatores dotium DENTUR*, tum, quia in *l. 1. d. t.* non obſcurè etiam oblatio prohibetur, *ſive ex jure* (ſunt verba textûs) *ſive ex conſuetudine lex proficiſcitur, ut vir uxori fidejuſſorem ſervandæ dotis cauſa exhibeat* (quid hoc eſt aliud, quàm offerre) *tamen eam jubemus aboleri.* Deinde Paulus in *l. 7. pr. ff. de except.* cum emphaſi reſpondet, fidejuſſorem mariti *poſt ſolutum matrimonium* datum in ſolidum condemnari. Ex quibus jam patet reſponſio ad rationem primam ſententiæ affirmativæ. Paritas de pignore ideo claudicat, quia imprimis pignora ſuccedunt in locum rei, non perſonæ, nec enim uxor acceptando pignora magis extraneo, quàm marito fidit: deinde datio fidejuſſoris quodammodo eſt contumelioſa, uti colligitur ex *l. 17. §. fin. ff. de teſtam. tut.* ibi: *vel ejus honeſtatis ſunt, ut non debeant hanc CONTUMELIAM ſatisdatione* (hoc eſt, dando fidejuſſores) *ſubire*, & *l. pen. §. 1. ff. de pignor.* Minùs obſtat, quòd poſſint marito fidejuſſores dari in ſecuritatem ſolvendæ dotis, *l. 5. §. 7. l. 55. ff. de jur. dot.* Nam non dantur ab uxore, ſed ab extraneo, & quidem regulariter ante matrimonium, quod non implicat; ſicut non implicat ſoluto matrimonio dari (imò & exigi, *arg. l. 24. §. 2. ff. ſolut. matr.* ibi: *quoties mulieri ſatisdandum eſt*, quod importat neceſſitatem) fidejuſſores ratione dotis reſtituendæ, *d. l. 24. §. 2. l. 7. pr. ff. de except. Voet. ff. h. n. 11.*

4 Objectum fidejuſſionis eſt obligatio aliena, ſive ſit *Civilis*, ſive *Naturalis* (a) (multò magis *Mixta*) Adſunt clari textus in *§. 1. Inſtit.* & *l. 16. §. 3. ff. d. t. Fidejuſſor*, infit Julianus, *accipi poteſt, quoties eſt aliqua obligatio civilis, vel naturalis, cui applicetur.* De naturali jungi poteſt idem Julianus in *l. 7. ff. h. t.* Civilem obligationem quod attinet, uti alia eſt efficax (cui nulla poteſt opponi exceptio) alia inefficax (quæ per exceptionem elidi poteſt) ita fidejuſſio tanquam acceſſoria erit vel efficax, vel inefficax, *arg. l. 12. C. de N. N. P.* Sive ſit ex negotio licito, ſive illicito, id eſt, ex delicto, ſuppoſito quòd agatur civiliter, *l. 56. §. ult. l. 70. §. ult. ff. h.* vel etiam criminaliter ad pœnam pecuniariam Fiſco ſolvendam, *dd. tt.* Aliter dicendum, ſi agatur ad pœnam corporis afflictivam, quia pœnæ ſuos tenent Authores, *l. 22. C. de pœn.* Neque fide-

juſ-

(a) Si talis ſit, ut præter effectus, quos habet ex jure naturali & gentium, etiam munita ſit effectibus civilibus. Verbô obligatio naturalis, in ordine tamen ad Jus civile conſiderata, quæ obſervatio inſerviet ad explicandam *l. 56. §. 1. ff. h. t.* junctâ *l. 64. ff. de condict. ind.*

juſſor eam pro delinquente ſuſtinere poteſt, cùm nemo ſit dominus ſuorum membrorum, *l. 13. ff. ad L. Aquil.* Committitur tamen quandoque delinquens, ſi aliàs ſit perſona honeſta, & delictum non adeò atrox, nec ſatis adhuc probatum, fidejuſſoribus ſub obligatione, ut reum quandocunque placuerit, ſiſtant, *l. 1. & ſeqq. ff. de exhib. reor. Hub. h. n. 2.*

Utrùm obligatio pupilli, furioſi, prodigi, ſine tutore, curatoréve contrahentium fidejuſſorem admittat, fervens eſt inter Authores diſceptatio, quam excitat Ulpianus in *l. 6. ff. de V. O.* & ſibi ipſi, ùt videtur, contrarius in *l. 25. ff. h.* Ait in illa: *Is, cui bonis interdictum eſt, ſtipulando ſibi acquirit, tradere verò non poteſt, vel promittendo obligari, & ideo nec fidejuſſor pro eo intervenire poterit, ſicut nec pro furioſo.* Infit in hac: *Marcellus ſcribit: ſi quis pro pupillo ſine tutoris authoritate obligato, prodigóve, aut furioſo fidejuſſerit, magis eſſe*, ut ei (fidejuſſori) *non ſubveniatur, quoniam his mandati actio non competit.* Dicunt in iis caſibus obligari, ubi pupillus ſine authoritate tutoris obſtringitur, quod fit in quaſi contractibus, ita intelligunt *d. l. 25. ff. h.* Secus autem, fidejuſſorem non teneri, quò ſpectat *cit. l. 6. ff. de V. O.*

Alii exiſtimant, indiſtinctè ſuſtinendam eſſe obligationem in odium fidejuſſoris, ita capiunt *d. l. 25.* ita tamen, ut regreſſum contra ipſum pupillum, vel prodigum, aut furioſum non habeat, *d. l. 6.* ſibi enim imputet, qui pro ejusmodi perſonis fidejuſſit. Hinc & nos ad *tit. de auth. tut. n. ult.* retulimus, obligari pupillum ſine authoritate tutoris, ſaltem in odium tertii, cujus obligatio in perſona pupilli ſuſtinetur. *Vinn. ad §. 1. h. n. 4.* contendit, obligari fidejuſſorem ſuo nomine duntaxat, & quaſi ùt principalis reus, non alieno, ſeu ùt fidejuſſor, cùm nulla ſubſit obligatio principalis.

Forma adſtruitur ex requiſitis, ſúntque eadem, quæ in ſtipulatione, cùm mediante ſtipulatione fieri debeat, *arg. l. 75. §. 6. ff. V. O.* ita tamen, ut principalis debitor maneat adhuc obligatus, *l. 5. l. 23. C. h. t.* Unde differt (I.) à Conſtituto, quod pacto nudo abſolvitur, *tot. tit. ff. & Cod. de conſtit. pec.* Sed quænam hodie inter hæc differentia, poſtquam ſtipulatio non ampliùs eſt neceſſaria? Hæc, quòd in fidejuſſione debeat intervenire obligatio aliena; conſtitui verò poteſt obligatio tam propria, quàm aliena, *§. 9. de act. l. 1. ff. de conſtit. pecun.* (II.) Ab Expromiſſione, quia per hanc tollitur obligatio debitoris principalis, pro quo expromittimus, *l. ult. ff. ad SCtum Maced.* (III.) A Mandato, non qualicunque, quia in genere vix aliquam habet cum fidejuſſione affinitatem, ſed *qualificato*, quod continet ſpeciem quamdam fidejuſſionis: puta, ſi amicus alterius amici filium tibi ea lege commendet, ut eidem neceſſaria ſuo (id eſt commendantis) periculo ſubminiſtres: quod tamen 5

Digitized by Google

men à fidejuſſione, præter id, quòd ſit contractus conſenſualis, in eo diſcriminatur, quia mandatum hoc nullam ſupponit obligationem præviam, nimirum illius, cum quo creditor principaliter contraxit; hinc mandans ſuo nomine tenetur, idcirco reo ſolvente non ipſo jure, ſed mediante exceptione liberatur, *l. 28. ff. mand.* fidejuſſor econtra nomine alieno obſtringitur, unde debitore principali ſolvente, perimitur ipſo jure obligatio fidejuſſoris, *princ. Inſt. quib. mod. toll. obl. Hub. h. n. 1.* Porrò, ut fidejuſſio ritè concipiatur, tria adhuc ſunt obſervanda (I.) ut fidejuſſor promittat, ſe ſoluturum, quod alius debet, fruſtra enim promitteret, reum principalem daturum, vel facturum aliquid, quia facti alieni promiſſio inutilis eſt, *l. 65. ff. h. t.* (II.) ut fidejuſſor eidem ſe ſoluturum ſpondeat, cui debitor principalis debet, non alteri, nam fidejuſſor non poteſt ei eſſe obligatus, cui principalis non eſt obſtrictus, *l. 16. pr. ff. eod.* nec etiam ſufficeret, ſi debitori promitteret, ſe pro eo ſoluturum, quia non poteſt pro eodem, & eidem eſſe obligatus, *l. 19. pr. ff. ad SCtum Vellej. & 56. §. 1. h. t.* Dabitur tamen ipſi debitori actio, vel ex ſtipulatu, ſi ſtipulatio præceſſerit, vel, ſi nudum pactum, condictio ex moribus, *arg. d. l. 19. ff. ad SCtum Vellej.* (III.) ut fidejuſſio verſetur circa illam ipſam rem, quam ipſe principalis debet, ut mox infrà docebimus, vid. interim *l. 38. & 42. ff. h. Voët. ibid. n. 3.*

6 Effectus alius Proximus, alius Remotus. Proximus eſt obligatio ad ſolvendum id, ad quod debitor principalis obſtrictus eſt, ſpectato tamen tempore fidejuſſionis interpoſitæ, *l. 8. ff. de eo quod cert. loc. l. 76. §. 1. l. 89. ff. de V. O. D. D. Franz h. n. 28.* Ratio eſt, quia ſtipulatio, qua mediante iniri debet fidejuſſio, ſtricti juris eſt, conſequenter tantùm illa veniunt, quæ fuerunt in contractum deducta, *l. 99. ff. eod.* Quapropter, ſi obligatio, vel ex mora debitoris principalis, vel culpa augeatur, ad augmentum illud fidejuſſor non tenetur, niſi in omnem eventum, vel in omnem cauſam, promittendo ſcilicet indemnitatem, ſeſe obligaverit, uti ſat clarè innuit Paulus in *l. 54. ff. locati.* ibi: *ſi in omnem cauſam conductionis etiam fidejuſſor ſe obligaverit*, vel ipſe fidejuſſor ſit in mora, utpote, quia mora ſua ſibi ſemper nociva. Si opponas, moram principalis etiam nocere fidejuſſori, *l. 88. ff. de V. O.* Reponimus, id verum eſſe quoad obligationem perpetuandam, non item quoad augendam: id eſt, ſicut debitor principalis, re poſt moram commiſſam caſmate pereunte, non liberatur, ſed in eo perpetuatur obligatio, ita pariter perpetuatur in fidejuſſore, *l. 58. §. 1. ff. h. t.* non autem, uti augetur per moram quoad uſuras in principali, ita etiam augetur in ipſo fidejuſſore. Neque aſſentiendum Hubero, qui *h. t. n. 9.* ſuffultus

l. 56.

l. 56. §. pen. ff. h.t. contendit, fidejuſſorem ex ipſa natura fidejuſſionis (niſi aliter fuerit conventum) in omnem cauſam, quæ ex ipſo negotio principali naſcitur, eſſe obligatum: etenim, ait, qui in obligationem principalem ſe obſtrinxit, eum in acceſſiones quoque ordinarias, & cauſas ipſas ex re ortas, reſque cohærentes teneri, conſentaneum eſt, *l. 52. §. 2. ff. d.t.* Nam, ſi hoc: Fruſtra imprimis Paulus in *d. l. 54. pr. ff. locat.* tunc primùm in uſuras condemnaret: *ſi in omnem cauſam conductionis ſe obligaverit.* Deinde, quid ſpeciale eſt in cauſa pupillari, *l. 9. 10. & 11. ff. rem pup. ſalv. for.* & in cauſa ultimarum voluntatum, vid. *l. 1. §. 13. ff. ut leg. vel fidecom. nom. cav.* quòd omnia ea veniant, quæ ipſam obligationem principalem quomodocunque concernunt. Nec quidquam evincit diſcurſus Huberi; demus enim, teneri fidejuſſorem ad acceſſiones, quæ ex ipſa rei natura proficiſcuntur, huc utique tam parum ſpectant uſuræ, & intereſſe, quæ ex contractu ſtricti juris, qualis eſt fidejuſſio, non debentur, niſi ex mora vel culpa (ſuppoſito tamen, quòd in ſtipulationem deductæ ſint, *l. 2. C. de Uſur.*) quàm parùm ſpectat augmentum, quod ſequitur contumaciam, nec, etiam juxta Adverſarium, fidejuſſorem tangit, *l. fin. ff. h.t.* Quòd ſi fidejuſſor accedat contractibus bonæ fidei, an neque tunc debeantur à fidejuſſore uſuræ? Neque; quia etſi fidejuſſio accedat contractibus bonæ fidei, tamen manet illa ſtricti juris, cùm ſit utique contractus à principali, cui accedit, diſtinctus, diſtinctámque pariat actionem. Paulò diſtinctiùs procedit *Voët. ff. h. n. 13.* Cæterùm tralatitium eſt, fidejuſſorem non poſſe in duriorem cauſam, ſeu ad plus ſe obligare, quàm principalis debet *§. 5. Inſt. l. 8. §. 7. & ſeqq. l. 34. ff. h. t. vid. Voët. ibid. n. 3.* In duriorem autem cauſam cenſetur obligatus, ſi *Re*, id eſt, in majorem ſummam, *Loco*, id eſt, in alio loco: *Tempore*, ſi fortè citiùs, *Cauſa*, ſi nimirum debitor disjunctivè, fidejuſſor verò determinatè, vel debitor ex una, fidejuſſor ex alia cauſa, ſeu titulo, debitor purè, fidejuſſor conditionatè, vel viciſſim (a) (quia eſt alia obligatio) deberet, vid. exempla *in citt.*

U *texx.*

(a) Quid hoc? ais, an fidejuſſionem nullam dicimus, ſi debitor purè, fidejuſſor conditionatè promiſerit? Eſt error apertus §. 5. *h. l. 8. §. 7. ff. eod.* Hoc (lubenter fatemur) indiget explicatione, vel, ſi mavis, emendatione. Fac, debitorem debere purè, & creditorem à fidejuſſore fuiſſe ſimiliter purè ſtipulatum, fidejuſſorem verò promiſiſſe tantùm conditionatè, vel viciſſim, fidejuſſio non valebit, quia forma ſtipulationis (qua mediante interponitur fidejuſſio) non fuit obſervata, vid. §. 6. *de inut. ſtipul.* eſt enim alia obligatio. Et ita intelligenda noſtra aſſertio, quæ aliàs videtur abſona. Non enim nos latet, valere fidejuſſionem, ſi debitor principalis purè, fidejuſſor verò conditionatè, ſuppoſito, quod conditionatè fuerit rogatus, adeóque obſervata forma ſtipulationis, promiſerit; ſed non viciſſim, cùm hic fidejuſſor in duriorem

texx. Dixi: *ad plus*, id eſt, extenſivè, non enim implicat, fidejuſſorem *Magis*, hoc eſt, intenſivè, ſeu efficaciùs teneri, puta, ſi juratò, vel datis pignoribus ſe obligaret.

7 Gravis hic occurrit diſceptatio, num fidejuſſor in duriorem cauſam acceptus omninò non obligetur, an ſaltem teneatur, quoad ſummam concurrentem, quem nimirum principalis debet? Imprimis pro certo ſupponimus, obligari ſaltem, quoad ſummam concurrentem, ſi ſe ſpontè ad majorem ſummam, quàm rogatus erat, obtulit, per textum expreſſum in *l. 33. ff. mand.* Si verò fuit rogatus, ut in majorem ſummam, quàm reus principalis debebat, gravior eſt difficultas, ad quam tamen reſpondemus nullatenus, adeóque nempe ad ſummam concurrentem teneri: Id, quod evincimus ex Ulpiano in *d. l. 8. §. 7. ff. b. t.* ibi: ***Illud commune eſt in univerſis, qui pro aliis obligantur***, quòd, ***ſi fuerint in duriorem cauſam adbibiti***, ***PLACUIT*** (en ſpecialitas, quòd voluerint JCti, planè non obligari. aliàs, ſi tantùm quoad exceſſum intelligerent, dicerent, *conſtat*, vel *notum eſt &c.*) *EOS OMNINO NON obligari.* Quòd autem *omninò non* idem ſit, ac *nullo modo: prorſus non &c.* ſatis indicant textus in *l. 26. §. 3. ff. de condict. ind. l. 3. §. 2. in fin. ff. de adminiſt. & per. tut. l. 4. §. 3. ff. rem pup. ſalv. for. Vinn. b. ad §. 5. n. 2.* Facit inſuper, quòd in leviorem cauſam acceptus dicatur obligari, ſcilicet quoad ſummam leviorem, ergo ſi in majorem, prorſus non erit obſtrictus. Pergit enim JCtus ibid. ***In leviorem planè cauſam accipi poſſunt***, ***propter quod in minorem ſummam rectè fidejuſſor accipitur:*** adeóque in majorem non rectè accipitur, idcirco fidejuſſio erit planè nulla, *arg. l. 5. C. de ll.* jungat. *l. 16. §. 1. l. 49. in fin. ff. b. t.* Accedit, quòd obligatio in majorem ſummam alia planè ſit, quàm in minorem, ſiquidem fidejuſſor ſuſcipiens obligationem, v. g. in ducentum, non hoc ipſo vult eſſe obligatus pro eo, qui centum debet. Specialior nobis etiam eſt ratio, quòd fidejuſſor tum à debitore, qui rogavit, tum à creditore, qui majorem ſummam ſibi ſtipulatus eſt, videatur decipi, unde abſurdum videtur, debere in favorem decipientium procedere regulam aliàs receptam in *c. 37. de R. J. in 6.* Quòd utile per inutile non vitietur: potiùs applicandum erit illud. Qui contra legem committit, legis non meretur auxilium, *l. 37. ff. de min, arg. c. 15. & 20. de Reſcript.* Minùs valet paritas à ſtipulatione deſum-

rem cauſam eſſet aſſumptus, & ita capiendi textus in *d. §. 5. h. & d. l. 8. §. 7. ff. d. t.* Quòd ſi hæc explanatio diſpliceat, ita emenda. SI DEBITOR CONDITIONATE, ET FIDEJUSSOR PURE, omiſſis particulis *VEL VICISSIM.* Et ita poſitio noſtra adæquatè correſpondebit *citt. tt. in §. 5. h. & l. 8. §. 7. ff. h. t.* dum in primo caſu ſtipulatio eſt nulla, quia fidejuſſoris cauſa durior ſit; non item in altero, ubi debitor purè, fidejuſſor verò tantùm conditionatè debet.

ſumpta ex *l. 1. §. 4. ff. de V.O.* in qua, ſi ſtipulanti centum, promittam ducenta, valet ſaltem quoad centum. Vel ex *l. 11. §. un. de pec. conſt.* ubi conſtitutum majoris ſummæ ſaltem valet quoad minorem: Nam hac inſtantia tantùm confirmatur prius membrum noſtræ ſententiæ, ubi fidejuſſor ſe obtulit ad majorem ſummam, quàm rogatus erat; nullatenus autem poſterius, ubi fidejuſſor decipitur, impugnat. Accedit, quòd ſit contra formam juris, ut obligatio acceſſoria in cauſam duriorem, quàm principalis, tendat. Conſtitutum quod attinet in æquitate, non ita, uti fidejuſſio, in rigore fundatur; *Vinn. ad §. 5. b. n. 5.* Addi poteſt *Hub. b. n. 4.* Diſſentit *Voët. ff. d. t. n. 4.* Age, transfigamus, invicem dato & retento: Si appareat creditorem, & debitorem decepiſſe fidejuſſorem, fortè, quia tempore fidejuſſionis minor erat obligatio principalis, quàm fuerat propoſitum, fidejuſſio erit totaliter nulla; ſi verò caſum ponas, quo debitor credebat ſe indigere centum, & rogavit fidejuſſorem, ut in centum fidejuberet, & iſte fidejuſſit (poſſe enim fidejuſſionem antecedere obligationem principalem, patet ex *§. 3. Inſt. & l. 6. §. fin. ff. b. t.*) poſtea verò tantùm quinquaginta accepit, valebit, quia omnia bona fide peracta ſunt, jungantur ea, quæ habet *cit. Vinn. ubi ſup. num. 4.*

Effectus remotus eſt Actio ex ſtipulatu perſonalis, ſtricti juris, qua fidejuſſor convenitur ad id, quod pro debitore, ſe ſoluturum, promiſit. Competit creditori, & hæredibus contra fidejuſſorem, illiúsque hæredes, ita quidem, ut olim liberum fuerit creditori convenire debitorem, vel fidejuſſorem, *l. 5. 19. & 23. C. b. t.*

Juvantur tamen fidejuſſores, antequam ſolvant, tribus remediis: 8
ORDINIS, ſeu EXCUSSIONIS, DIVISIONIS, & CEDENDARUM ACTIONUM. Primum, cujus Author (ſi generaliter de omnibus fidejuſſoribus loquamur, vid. *Voët. b. t. n. 14.*) Imperator noſter eſt, quo fidejuſſor conventus petit, ut priùs conveniatur, ſeu excutiatur debitor principalis, *nov. 4. c. 1.* indéque deſumpta *Auth. præſente C. eod.* Ceſſat tamen hoc beneficium (I.) ſi negaverit, ſe fidejuſſiſſe, & de mendacio fuerit convictus, *arg. l. 10. §. 1. ff. b.* (II.) Si debitor principalis ſit notoriè non ſolvendo, dum inanis eſt actio, quam debitoris excludit inopia, *l. 6. ff. de dol. mal.* aut perſona talis, quæ obligari non poteſt, ùt pupillus, prodigus: vel difficilis conventionis; aut omninò abſit. (III.) Si huic beneficio expreſsè renunciaverit, *arg. l. pen. C. de pact.* Dixi: *expreſsè*, nec enim ſufficit renunciatio generalis, v. g. ſi omnibus beneficiis, fidejuſſoribus competentibus, renunciet, cùm generalis renunciatio, neque hanc, neque aliam exceptionem tollat, *arg.*

Limitationes videri poſſunt apud *Vinn. h. n. 2. & 4.* Hic tamen advertendum, non tantùm filium patri, ſervum Domino, ſed etiam viciſſim (quoad ea, quæ juris ſunt) ſtipulando acquirere poſſe, *l. 39. l. 130. ff. de V. O.* Patris enim, vel Domini intereſt, filio, vel ſervo obligationem adipiſci, quæ hoc ipſo ipſi Patri, vel Domino acquiritur. *Tertiò ab OBJECTO* fiet inutilis, ſi verſetur circa rem exemptam commercio humano, vel planè, quæ non eſt, nec ſperatur in rerum natura, *§. 1. & 2. h.* vel etiam, ſi promittatur factum tertii, *§. 3. eod.* Recapitulentur, ſi oblivio memoriam obſideat, dicta *ad tit. de obligat. p. 1. n. 7.* Quibus ſuperaddimus nihil intereſſe, utrùm contrahentes ſciverint, vel ignoraverint, rem exemptam eſſe commercio humano, adeò, ut promiſſor neque teneatur ad intereſſe, *arg. l. 103. ff. de V. O.* Nec officiunt verba textûs in *§. 2. h. & l. 1. §. 9. ff. de O. & A.* ibi: *quam humani juris credebam.* Nam de tali ſtipulatore majus videbatur dubium, quàm de ſciente, *Vinn. h. ad §. 2. n. 3.* Alia eſt ratio emptionis-venditionis, utpote contractûs oneroſi, ubi oritur obligatio ſaltem ad intereſſe, *§. ult. de empt. vend.* Quid, ſi tempore contractûs fuerit in commercio, & poſtea deſiit, ut, ſi res profana ſacra, vel ſervus liber fieret? Si ſine culpa promiſſoris, evaneſcit ſtipulatio, vid. text. notabilis in *l. 83. §. 5. ff. de V. O. l. 11. ff. de ſervit.* quæ toties obtinet, quoties negotii jus adhuc pendet, ita, ut ad ejus perfectionem adhuc aliquid deſideretur, ubi verò negotium perfectum eſt, procedit regula è diametro contraria: quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt, perdurant, etſi venerint ad ſtatum, à quo incipere non poſſent, *l. 85. §. 1. ff. de R. J. arg. l. 29. & pen. ff. eod.* Addatur Vinn. ad *§. 14. de leg. n. 2. & ſeqq. & ad §. 2. h. t. n. 8. & ſeqq.* *Quartò à FORMA* erit inutilis, ſi reſponſio interrogationi non congruat, ùt, ſi petenti purè ſub conditione promittatur, aut viciſſim, *§. 5. h.* Vel ſi ab eo, qui tuo juri ſubjectus eſt, ſtipulatus fueris, *§. 6. d. t.* vel etiam à muto, *§. 7. eod.* aut, ſi ſtipulationi adjecta fuerit conditio impoſſibilis, *§. 11. d. t.* vel concepta ſit inter abſentes, *§. 12. eod.* quæ omnia *titt. priorib.* jam præoccupavimus. *Quintò* dicitur inutilis *ab EFFECTU*, ſi ad tempus inhabile ſit reſtricta, vel relata, ùt, ſi quis rem ſuam futuram in eum caſum, quo ſua erit, ſibi ſtipuletur, *§. 22. h.* aut etiam, ſi ex

cau-

ſine præjudicio tertii, & ſi agatur de obligatione tollenda, *arg. l. 47. ff. de O. & A.* non autem inducenda, cùm omnes obligationes ſint odioſæ. Limitatur (I.) ſi ſint negotia, quæ perficiuntur traditione *l. 9. §. pen. ff. de R. C. l. 126. §. 2. de V. O.* juncta *l. 53. ff. de A. R. D.* (II.) Si quis ut nudus miniſter contrahat *l. 14. §. fin. l. 15. ff. de pecun. conſtit.* (III.) Si ſtipulantis interſit. Vel (IV.) pœnam ſibi ſtipuletur. *§. 18. & ſeq. h. t.* & juxta notata ſuperiùs *de V. O. ad n. 5.* Vel ſaltem (V.) ſi ſit perſona conjuncta, ùt frater pro fratre, maritus pro uxore, & viciſſim.

Digitized by Google

cauſa turpi ſtipulatum fuerit *§. 24. eod.* At de his ſatis: quippe non vacat antiquam crambem repetere. Sit potiùs

TITULUS XXI.
De Fidejuſſoribus.

SI unquam ſtipulatio obligationis firmandæ cauſâ, ùt ſuo loco notavimus, adjungitur, hoc certè fit in fidejuſſione, quæ neceſſariò obligationem prævium, & quidem alienam (en differentia à ſtipulatione in ſpecie, *l. 1. §. 8. ff. de O. & A.*) præſupponit. Fidejuſſio quippe ex eo ſic dicta, quòd alter, quaſi jubeatur ſub fide noſtra tertio contrahenti (debitori) credere, nil aliud eſt, quàm *Contractus civilis verbis conſtans, quo quis alterius obligationem in fidem ſuam recipit, manente altero* nempe debitore, pro quo fides interponitur, *nihilominus obligato.* Quia verò nec ſemper debitoris principalis, nec etiam eodem modo fidem noſtram interponimus, ideo 1

Alia eſt Principalis, alia Succedanea. *Prior* eſt, dum quis obligationem ipſius debitoris principalis in fidem ſuam ſuſcipit. *Poſterior*, ùt cum aliis explicat *DD. Franz h. n. 4.* qua obligatio ipſius fidejuſſoris ſuſcipitur, quod contingere poſſe ait, ſi ipſe fidejuſſor videatur creditori ſuſpectus, vel minus habens, adeóque alium ſubſtituere debeat. Aliter fidejuſſorem ſuccedaneum explicat *Hopp. ad §. 1. h.* Eſt nempe ille, qui datur ipſi fidejuſſori primo, ſeu in gratiam non ipſius creditoris, ſed ipſius primi fidejuſſoris, ita, ut, ſi iſte pro debitore principali ſolvere coactus fuerit, regreſſum habeat contra fidejuſſorem alterum, nimirum ſuccedaneum, qui ideo vocatur ein Ruck-Burge, *í*dque probat ex *l. 8. fin. & l. 27. §. 2. ff. h. t.* Differunt igitur hi duo Authores, quòd juxta opinionem *D. D. Franz* uterque fidejuſſor tum principalis, tum ſuccedaneus detur in gratiam creditoris, ſecundùm Hoppiumverò ſuccedaneus in primi fidejuſſoris commodum ſeu ſecuritatem conſtituatur. Nos utramque explanationem eò lubentiùs recipimus, quò certiùs eſt, utroque modo poſſe fidejuſſionem interponi (a), ita tamen, ut explica-

T 2 tio-

(a) Hinc nullatenus placet eorum opinio, qui contendunt in fidejuſſione ſuccedanea alterum fidejuſſorem, nimirum ſuccedaneum nunquam poſſe à creditore principali conveniri, hoc quippe, ſalva prima explicatione, quæ nullibi rejicitur, nullámque implicantiam involvit, oppidò falſum videtur. Profectò id ex *l. 8. §. fin. ff. h. t.* non probatur. Textus ita habet: *Pro fidejuſſore fidejuſſorem accipi, nequaquam dubium eſt.* Ubi verba primæ explicationis excluſiva? An non ſecundus in locum primi ſuccedit, caſu quo creditor principalis de alio fidejuſſore ſibi proſpexit, ſiprimus non erit ſolvendo? Quid obſtet, non video.

tioni priori magis favere videatur Ulpianus tum in *d. l. 8. §. fin.* ibi: ***Pro fidejuſſore*** (ſcilicet tanquam debitore acceſſoriè obligato) ***fidejuſſorem accipi, nequaquam dubium eſt***: tum etiam in *cit. l. 27. §. 2.* ibi: ***præterea, ſi quæratur, an ſolvendo ſit principalis fidejuſſor, etiam vires ſequentis fidejuſſoris ei adrogandæ ſunt.*** Apertiùs mentem ſuam declarat Laud. Ulpianus in *d. l. 27. §. fin. ff. h. t.* ibi: ***ſi fidejuſſor fuerit principalis, & fidejuſſor fidejuſſoris, non poterit deſiderare fidejuſſor, ut inter ſe, & eum fidejuſſorem, pro quo fidejuſſit, dividatur obligatio, ille enim loco rei eſt, nec poteſt reus deſiderare, ut inter ſe, & fidejuſſorem dividatur obligatio.*** Jam ſi fidejuſſor ſuccedaneus ille eſſet, contra quem primus fidejuſſor regreſſum haberet, malè diceretur reus, cùm potiùs eſſet actor: hic utique alter fidejuſſor fidem ſuam interpoſuit, pro primo fidejuſſore fortè minùs habente, hoc ipſo, quòd primus fidejuſſor ſe habeat, ùt reus.

Alia rurſus eſt fidejuſſio Simplex, alia Indemnitatis. *Simplex* eſt, quâ quis alienam obligationem ſimpliciter, & abſolutè in fidem ſuam recipit; *Indemnitatis*, quando fidejuſſor tantùm pro eo caſu vult eſſe obſtrictus, quando principalis debitor non eſt ampliùs ſolvendo; unde patet diſcrimen, quòd ille ſtatim ſit obligatus, uti ipſe principalis, iſte verò non aliter, & primùm tunc, quando debitor non eſt ampliùs ſolvendo, conſequenter, quamdiu debitor ſolvendo eſt, nullatenus obligatur, neque indiget beneficiô ordinis, ſeu excuſſionis, cùm ipſo jure tutus ſit. Unde minùs congruè quæſtionem reſolvit *D. D. Someting h. t. num. 18.* non obſtante renunciatione, eidem (fidejuſſori indemnitatis) competere beneficium ordinis.

Alia demum eſt *Neceſſaria*, non ex parte fidejuſſoris, quia nemo ad fidejubendum cogi poteſt, ſed debitoris, quando videlicet debitor per fidejuſſores cavere debet, qualis eſt uſufructuarius, *l. 13. pr. ff. de uſufr.*

Alia *Voluntaria*, quando fidejuſſores ſpontè dantur. Differunt, quòd fidejuſſor neceſſarius etiam ex poſt facto conſtituendus ſit, etſi forte ab initio non fuerit conſtitutus, *l. 7. pr. uſufr. quem ad cav.* At fidejuſſor voluntarius ampliùs exigi non poteſt, ſi creditor ab initio ſibi hac in parte non proſpexit. *Ludov. in Theſ. Jur. h. n. 3.*

2 Cauſa Efficiens *Remota* eſt jus, & quidem, ſi conſideretur, quatenus fieri debet mediante ſtipulatione, Civile: Proxima fidejubens: Fidejubere poteſt, qui aliàs contrahere, & contrahendo obligari, nec ſpecialiter prohibentur: Specialiter verò prohibentur, ſaltem promiſcuè CLERICI, *c. 1. h. t.* ibi: *Clericus fidejuſſionibus INSERVIENS abjiciatur.* Dixi *promiſcuè*, nam pro uno, alióque negotio fidejuſſio Clericis non eſt vetita, *arg. c. 2. d. t.* Item FOEMINÆ ob beneficium SCti Velle-

jani

jani, de quo mox infra. MILITES, ne, omiſſo armorum uſu, ad negotia forenſia ſe conferant, & vicinis graves, præſumptione cinguli militaris, exiſtant, ùt ferè diſſerit Imp. Leo in *l. 31. ff. de locat. cond.* Sanè ſunt & alii, qui poſſunt quidem fidejubere, à creditoribus tamen pariter ſine injuria recuſari: quò ſpectant PAUPERES, *arg. l. 2. pr. ff. qui ſatisd. cog.* MINORES annis 25. curatorem non habentes, vel habentes, ſed accedente ejus conſenſu (aliàs enim fidejuſſio nulla eſt, *l. 3. C. de in integ. reſtit.*) ob periculum reſtitutionis in integrum, *arg. l. 7. §. 3. ff. de min.* & *l. 48. §. 1. ff. b. t.* GAUDENTES privilegio fori, niſi ei (ſuppoſito, quòd poſſint) renuncient, *arg. l. 1. ff. ſi quis in jus voc. non ierit.* Sunt enim difficilioris conventionis.

Subjectum ſunt illi, quibus indemnitas promittitur, ſive in cujus ſecuritatem fidem noſtram interponimus. Verbô Creditores. Poteſt autem cuilibet creditori ſponderi ſecuritas, ſi fœminam, quæ à marito ratione dotis conſervandæ fidejuſſores exigere nequit, excipias *tot. rubr.* cum ſuo nigro, *C. ne fidejuſſ. vel mand. dot. dent. Generali definitione conſtitutionem priſtinam ampliantes ſancimus* (ita diſſerit Imperator in *l. 2. C. d. t.*) *nullam eſſe ſatisdationem, vel mandatum pro dote exigendum, vel à marito, vel à patre ejus, vel ab omnibus, qui dotem ſuſcipiunt. Si enim credendam, mulier ſeſe, ſuámque dotem patri mariti exiſtimavit, quare fidejuſſor, vel alius interceſſor exigitur, ut cauſa perfidiæ in connubio eorum generetur.* Dixi: *exigere.*

Ambigitur autem, num poſſit fidejuſſores à marito oblatos acceptare? Affirmativæ ſubſcribit poſt alios à ſe citt. (inter quos tamen vix erit Stryckius; qui tantùm relativè pro praxi hanc ſententiam allegat) Magnif. P. Schmier *lib. 3. Tr. 3. c. 4. n. 82.* Ea motus ratione; quòd tantùm prohibita ſit exactio fidejuſſorum: non utique ſine myſterio! Accedit, quòd poſſit uxor acceptare pignora, *l. 7. §. 6. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Negativæ patrocinatur Fachin. *lib. 8. contr. cap. 76. D. D. Franz b. n. 13.* Princeps horum ratio eſt, quia videtur pugnare eadem differentia, ſive exigantur, ſive oblati fidejuſſores acceptentur; cùm utique etiam acceptando, uxor non tantùm marito diffidit, ſed inſuper extraneo magìs fidit. Reponit quidem *Laudat. Magnif.* poſſe maritum erga uxorem *Exigentem* conqueri, ejúsque diffidentiam arguere, quòd non verificatur, ſi obtulerit, cùm debeat ſibi imputare: Quòd ſi ſe politicè, ad explorandam uxoris fidem egiſſe, dicat, indignus eſt, ut audiatur, quoniam actum allegat, qui turpitudine non caret. Ita ille. At hæc reſponſio urgeri poteſt, quòd interventus fidejuſſoris non tam ſit prohibitus ob favorem ſpecialem hujus, vel illius matrimonii, ſed ob 3

periculum generale, quod ſubeſſet, ſi inter conjuges, quorum fides, uti inviolabilis, ita maxima eſſe debet, perſona extranea interceſſionis titulô admitteretur. Receptâ igitur ſententiâ negativâ, quæ exinde egregiè roboratur, tum, quòd Rubrica ſit generalis: *Ne fidejuſſores, vel mandatores dotium DENTUR*, tum, quia in *l. 1. d. t.* non obſcurè etiam oblatio prohibetur, *ſive ex jure* (ſunt verba textûs) *ſive ex conſuetudine lex proficiſcitur, ut vir uxori fidejuſſorem ſervandæ dotis cauſa exhibeat* (quid hoc eſt aliud, quàm offerre) *tamen eam jubemus aboleri*. Deinde Paulus in *l. 7. pr. ff. de except.* cum emphaſi reſpondet, fidejuſſorem mariti *poſt ſolutum matrimonium* datum in ſolidum condemnari. Ex quibus jam patet reſponſio ad rationem primam ſententiæ affirmativæ. Paritas de pignore ideo claudicat, quia imprimis pignora ſuccedunt in locum rei, non perſonæ, nec enim uxor acceptando pignora magis extraneo, quàm marito fidit: deinde datio fidejuſſoris quodammodo eſt contumelioſa, uti colligitur ex *l. 17. §. fin. ff. de teſtam. tut.* ibi: *vel ejus honeſtatis ſunt, ut non debeant hanc CONTUMELIAM ſatisdatione* (hoc eſt, dando fidejuſſores) *ſubire*, & *l. pen. §. 1. ff. de pignor.* Minùs obſtat, quòd poſſint marito fidejuſſores dari in ſecuritatem ſolvendæ dotis, *l. 5. §. 7. l. 55. ff. de jur. dot.* Nam non dantur ab uxore, ſed ab extraneo, & quidem regulariter ante matrimonium, quod non implicat; ſicut non implicat ſoluto matrimonio dari (imò & exigi, *arg. l. 24. §. 2. ff. ſolut. matr.* ibi: *quoties mulieri ſatisdandum eſt*, quod importat neceſſitatem) fidejuſſores ratione dotis reſtituendæ, *d. l. 24. §. 2. l. 7. pr. ff. de except. Voet. ff. h. n. 11.*

4 Objectum fidejuſſionis eſt obligatio aliena, ſive ſit *Civilis*, ſive *Naturalis* (a) (multò magis *Mixta*) Adſunt clari textus in *§. 1. Inſtit.* & *l. 16. §. 3. ff. d. t. Fidejuſſor*, infit Julianus, *accipi poteſt, quoties eſt aliqua obligatio civilis, vel naturalis, cui applicetur*. De naturali jungi poteſt idem Julianus in *l. 7. ff. h. t.* Civilem obligationem quod attinet, uti alia eſt efficax (cui nulla poteſt opponi exceptio) alia inefficax (quæ per exceptionem elidi poteſt) ita fidejuſſio tanquam acceſſoria erit vel efficax, vel inefficax, *arg. l. 12. C. de N. N. P.* Sive ſit ex negotio licito, ſive illicito, id eſt, ex delicto, ſuppoſito quòd agatur civiliter, *l. 56. §. ult. l. 70. §. ult. ff. h.* vel etiam criminaliter ad pœnam pecuniariam Fiſco ſolvendam, *dd. tt.* Aliter dicendum, ſi agatur ad pœnam corporis afflictivam, quia pœnæ ſuos tenent Authores, *l. 22. C. de pœn.* Neque fidejuſ-

(a) Si talis ſit, ut præter effectus, quos habet ex jure naturali & gentium, etiam munita ſit effectibus civilibus. Verbò obligatio naturalis, in ordine tamen ad Jus civile conſiderata, quæ obſervatio inſerviet ad explicandam *l. 56. §. 1. ff. h. t.* junctâ *l. 64. ff. de condict. ind.*

juſſor eam pro delinquente ſuſtinere poteſt, cùm nemo ſit dominus ſuorum membrorum, *l. 13. ff. ad L. Aquil.* Committitur tamen quandoque delinquens, ſi aliàs ſit perſona honeſta, & delictum non adeò atrox, nec ſatis adhuc probatum, fidejuſſoribus ſub obligatione, ut reum quandocunque placuerit, ſiſtant, *l. 1. & ſeqq. ff. de exhib. reor. Hub. h. n. 2.*

Utrùm obligatio pupilli, furioſi, prodigi, ſine tutore, curatoréve contrahentium fidejuſſorem admittat, fervens eſt inter Authores diſceptatio, quam excitat Ulpianus in *l. 6. ff. de V. O.* & ſibi ipſi, ùt videtur, contrarius in *l. 25. ff. h.* Ait in illa: *Is, cui bonis interdictum eſt, ſtipulando ſibi acquirit, tradere verò non poteſt, vel promittendo obligari, & ideo nec fidejuſſor pro eo intervenire poterit, ſicut nec pro furioſo.* Infit in hac: *Marcellus ſcribit: ſi quis pro pupillo ſine tutoris authoritate obligato, prodigóve, aut furioſo fidejuſſerit, magis eſſe*, ut ei (fidejuſſori) *non ſubveniatur, quoniam his mandati actio non competit.* Dicunt in iis caſibus obligari, ubi pupillus ſine authoritate tutoris obſtringitur, quod fit in quaſi contractibus, ita intelligunt *d. l. 25. ff. h.* Secus autem, fidejuſſorem non teneri, quò ſpectat *cit. l. 6. ff. de V. O.*

Alii exiſtimant, indiſtinctè ſuſtinendam eſſe obligationem in odium fidejuſſoris, ita capiunt *d. l. 25.* ita tamen, ut regreſſum contra ipſum pupillum, vel prodigum, aut furioſum non habeat, *d. l. 6.* ſibi enim imputet, qui pro ejusmodi perſonis fidejuſſit. Hinc & nos ad *tit. de auth. tut. n. ult.* retulimus, obligari pupillum ſine authoritate tutoris, ſaltem in odium tertii, cujus obligatio in perſona pupilli ſuſtinetur. *Vinn. ad §. 1. h. n. 4.* contendit, obligari fidejuſſorem ſuo nomine duntaxat, & quaſi ùt principalis reus, non alieno, ſeu ùt fidejuſſor, cùm nulla ſubſit obligatio principalis.

Forma adſtruitur ex requiſitis, ſúntque eadem, quæ in ſtipulatione, cùm mediante ſtipulatione fieri debeat, *arg. l. 75. §. 6. ff. V. O.* 5
ita tamen, ut principalis debitor maneat adhuc obligatus, *l. 5. l. 23. C. h. t.* Unde differt (I.) à Conſtituto, quod pacto nudo abſolvitur, *tot. tit. ff. & Cod. de conſtit. pec.* Sed quænam hodie inter hæc differentia, poſtquam ſtipulatio non ampliùs eſt neceſſaria? Hæc, quòd in fidejuſſione debeat intervenire obligatio aliena; conſtitui verò poteſt obligatio tam propria, quàm aliena, *§. 9. de act. l. 1. ff. de conſtit. pecun.* (II.) Ab Expromiſſione, quia per hanc tollitur obligatio debitoris principalis, pro quo expromittimus, *l. ult. ff. ad SCtum Maced.* (III.) A Mandato, non qualicunque, quia in genere vix aliquam habet cum fidejuſſione affinitatem, ſed *qualificato*, quod continet ſpeciem quamdam fidejuſſionis: puta, ſi amicus alterius amici filium tibi ea lege commendet, ut eidem neceſſaria ſuo (id eſt commendantis) periculo ſubminiſtres: quod ta-

men

men à fidejuſſione, præter id, quòd ſit contractus conſenſualis, in eo diſcriminatur, quia mandatum hoc nullam ſupponit obligationem præviam, nimirum illius, cum quo creditor principaliter contraxit; hinc mandans ſuo nomine tenetur, idcirco reo ſolvente non ipſo jure, ſed mediante exceptione liberatur, *l. 28. ff. mand.* fidejuſſor econtra nomine alieno obſtringitur, unde debitore principali ſolvente, perimitur ipſo jure obligatio fidejuſſoris, *princ. Inſt. quib. mod. toll. obl. Hub. h. n. 1.* Porrò, ut fidejuſſio ritè concipiatur, tria adhuc ſunt obſervanda (I.) ut fidejuſſor promittat, ſe ſoluturum, quod alius debet, fruſtra enim promitteret, reum principalem daturum, vel facturum aliquid, quia facti alieni promiſſio inutilis eſt, *l. 65. ff. h. t.* (II.) ut fidejuſſor eidem ſe ſoluturum ſpondeat, cui debitor principalis debet, non alteri, nam fidejuſſor non poteſt ei eſſe obligatus, cui principalis non eſt obſtrictus, *l. 16. pr. ff. eod.* nec etiam ſufficeret, ſi debitori promitteret, ſe pro eo ſoluturum, quia non poteſt pro eodem, & eidem eſſe obligatus, *l. 19. pr. ff. ad SCtum Vellej. & 56. §. 1. h. t.* Dabitur tamen ipſi debitori actio, vel ex ſtipulatu, ſi ſtipulatio præceſſerit, vel, ſi nudum pactum, condictio ex moribus, *arg. d. l. 19. ff. ad SCtum Vellej.* (III.) ut fidejuſſio verſetur circa illam ipſam rem, quam ipſe principalis debet, ut mox infrà docebimus, vid. interim *l. 38. & 42. ff. h. Voët. ibid. n. 3.*

6 Effectus alius Proximus, alius Remotus. Proximus eſt obligatio ad ſolvendum id, ad quod debitor principalis obſtrictus eſt, ſpectato tamen tempore fidejuſſionis interpoſitæ, *l. 8. ff. de eo quod cert. loc. l. 76. §. 1. l. 89. ff. de V. O. D. D. Franz h. n. 28.* Ratio eſt, quia ſtipulatio, qua mediante iniri debet fidejuſſio, ſtricti juris eſt, conſequenter tantùm illa veniunt, quæ fuerunt in contractum deducta, *l. 99. ff. eod.* Quapropter, ſi obligatio, vel ex mora debitoris principalis, vel culpa augeatur, ad augmentum illud fidejuſſor non tenetur, niſi in omnem eventum, vel in omnem cauſam, promittendo ſcilicet indemnitatem, ſeſe obligaverit, uti ſat clarè innuit Paulus in *l. 54. ff. locati.* ibi: *ſi in omnem cauſam conductionis etiam fidejuſſor ſe obligaverit*, vel ipſe fidejuſſor ſit in mora, utpote, quia mora ſua ſibi ſemper nociva. Si opponas, moram principalis etiam nocere fidejuſſori, *l. 88. ff. de V. O.* Reponimus, id verum eſſe quoad obligationem perpetuandam, non item quoad augendam: id eſt, ſicut debitor principalis, re poſt moram commiſſam caſmate pereunte, non liberatur, ſed in eo perpetuatur obligatio, ita pariter perpetuatur in fidejuſſore, *l. 58. §. 1. ff. h. t.* non autem, uti augetur per moram quoad uſuras in principali, ita etiam augetur in ipſo fidejuſſore. Neque aſſentiendum Hubero, qui *h. t. n. 9.* ſuffultus *l. 56.*

Digitized by Google

56. §. pen. ff. h.t. contendit, fidejuſſorem ex ipſa natura fidejuſſionis (niſi aliter fuerit conventum) in omnem cauſam, quæ ex ipſo negotio principali naſcitur, eſſe obligatum: etenim, ait, qui in obligationem principalem ſe obſtrinxit, eum in acceſſiones quoque ordinarias, & cauſas ipſas ex re ortas, reique cohærentes teneri, conſentaneum eſt, *l. 52. §. 2. ff. d.t.* Nam, ſi hoc: Fruſtra imprimis Paulus in *d. l. 54. pr. ff. locat.* tunc primùm in uſuras condemnaret: *ſi in omnem cauſam conductionis ſe obligaverit.* Deinde, quid ſpeciale eſt in cauſa pupillari, *l. 9. 10. & 11. ff. rem pup. ſalv. for.* & in cauſa ultimarum voluntatum, vid. *l. 1. §. 13. ff. ut leg. vel fidecom. nom. cav.* quòd omnia ea veniant, quæ ipſam obligationem principalem quomodocunque concernunt. Nec quidquam evincit diſcurſus Huberi; demus enim, teneri fidejuſſorem ad acceſſiones, quæ ex ipſa rei natura proficiſcuntur, huc utique tam parum ſpectant uſuræ, & intereſſe, quæ ex contractu ſtricti juris, qualis eſt fidejuſſio, non debentur, niſi ex mora vel culpa (ſuppoſito tamen, quòd in ſtipulationem deductæ ſint, *l. 2. C. de Uſur.*) quàm parùm ſpectat augmentum, quod ſequitur contumaciam, nec, etiam juxta Adverſarium, fidejuſſorem tangit, *l. fin. ff. h.t.* Quòd ſi fidejuſſor accedat contractibus bonæ fidei, an neque tunc debeantur à fidejuſſore uſuræ? Neque; quia etſi fidejuſſio accedat contractibus bonæ fidei, tamen manet illa ſtricti juris, cùm ſit utique contractus à principali, cui accedit, diſtinctus, diſtinctámque pariat actionem. Paulò diſtinctiùs procedit *Voët. ff. h.n. 13.* Cæterùm tralatitium eſt, fidejuſſorem non poſſe in duriorem cauſam, ſeu ad plus ſe obligare, quàm principalis debet *§. 5. Inſt. l. 8. §. 7. & ſeqq. l. 34. ff. h.t. vid. Voët. ibid. n. 3.* In duriorem autem cauſam cenſetur obligatus, ſi *Re*, id eſt, in majorem ſummam, *Loco*, id eſt, in alio loco: *Tempore*, ſi fortè citiùs, *Cauſa*, ſi nimirum debitor disjunctivè, fidejuſſor verò determinatè, vel debitor ex una, fidejuſſor ex alia cauſa, ſeu titulo, debitor purè, fidejuſſor conditionatè, vel viciſſim (a) (quia eſt alia obligatio) deberet, vid. exempla *in citt.*

U *texx.*

(a) Quid hoc? ais, an fidejuſſionem nullam dicimus, ſi debitor purè, fidejuſſor conditionatè promiſerit? Eſt error apertus *§. 5. h. l. 8. §. 7. ff. eod.* Hoc (lubenter fatemur) indiget explicatione, vel, ſi mavis, emendatione. Fac, debitorem debere purè, & creditorem à fidejuſſore fuiſſe ſimiliter purè ſtipulatum, fidejuſſorem verò promiſiſſe tantum conditionatè, vel viciſſim, fidejuſſio non valebit, quia forma ſtipulationis (qua mediante interponitur fidejuſſio) non fuit obſervata, vid. *§. 6. de inut. ſtipul.* eſt enim alia obligatio. Et ita intelligenda noſtra aſſertio, quæ aliàs videtur abſona. Non enim nos latet, valere fidejuſſionem, ſi debitor principalis purè, fidejuſſor verò conditionatè, ſuppoſito, quòd conditionatè fuerit rogatus, adeóque obſervata forma ſtipulationis, promiſerit; ſed non viciſſim, cùm hic fidejuſſor in duriorem

texx. Dixi: *ad plus*, id eſt, extenſivè, non enim implicat, fidejuſſorem *Magis*, hoc eſt, intenſivè, ſeu efficaciùs teneri, puta, ſi juratò, vel datis pignoribus ſe obligaret.

7 Gravis hic occurrit diſceptatio, num fidejuſſor in duriorem cauſam acceptus omninò non obligetur, an ſaltem teneatur, quoad ſummam concurrentem, quem nimirum principalis debet? Imprimis pro certo ſupponimus, obligari ſaltem, quoad ſummam concurrentem, ſi ſe ſpontè ad majorem ſummam, quàm rogatus erat, obtulit, per textum expreſſum in *l. 33. ff. mand.* Si verò fuit rogatus, ut in majorem ſummam, quàm reus principalis debebat, gravior eſt difficultas, ad quam tamen reſpondemus nullatenus, adeóque nempe ad ſummam concurrentem teneri: Id, quod evincimus ex Ulpiano in *d. l. 8. §. 7. ff. h. t.* ibi: *Illud commune eſt in univerſis, qui pro aliis obligantur, quòd, ſi fuerint in duriorem cauſam adhibiti, PLACUIT* (en ſpecialitas, quòd voluerint JCti, planè non obligari. aliàs, ſi tantùm quoad exceſſum intelligerent, dicerent, *conſtat*, vel *notum eſt* &c.) *EOS OMNINO NON obligari.* Quòd autem *omninò non* idem ſit, ac *nullo modo: prorſus non* &c. ſatis indicant textus in *l. 26. §. 3. ff. de condict. ind. l. 3. §. 2. in fin. ff. de adminiſt.* & *per. tut. l. 4. §. 3. ff. rem pup. ſalv. for. Vinn. h. ad §. 5. n. 2.* Facit inſuper, quòd in leviorem cauſam acceptus dicatur obligari, ſcilicet quoad ſummam leviorem, ergo ſi in majorem, prorſus non erit obſtrictus. Pergit enim JCtus ibid. *In leviorem planè cauſam accipi poſſunt, propter quod in minorem ſummam rectè fidejuſſor accipitur:* adeóque in majorem non rectè accipitur, idcirco fidejuſſio erit planè nulla, *arg. l. 5. C. de ll.* jungat. *l. 16. §. 1. l. 49. in fin. ff. h. t.* Accedit, quòd obligatio in majorem ſummam alia planè ſit, quàm in minorem, ſiquidem fidejuſſor ſuſcipiens obligationem, v. g. in ducentum, non hoc ipſo vult eſſe obligatus pro eo, qui centum debet. Specialior nobis etiam eſt ratio, quòd fidejuſſor tum à debitore, qui rogavit, tum à creditore, qui majorem ſummam ſibi ſtipulatus eſt, videatur decipi, unde abſurdum videtur, debere in favorem decipientium procedere regulam aliàs receptam in *c. 37. de R. J. in 6.* Quòd utile per inutile non vitietur: potiùs applicandum erit illud. Qui contra legem committit, legis non meretur auxilium, *l. 37. ff. de min, arg. c. 15.* & *20. de Reſcript.* Minùs valet paritas à ſtipulatione de-

ſum-

rem cauſam eſſet aſſumptus, & ita capiendi textus in *d. §. 5. h.* & *d. l. 8. §. 7. ff. d. t.* Quòd ſi hæc explanatio diſpliceat, ita emenda. SI DEBITOR CONDITIONATE, ET FIDEJUSSOR PURE, omiſſis particulis VEL VICISSIM. Et ita poſitio noſtra adæquatè correſpondebit *citt. tt. in §. 5. h.* & *l. 8. §. 7. ff. h. t.* dum in primo caſu ſtipulatio eſt nulla, quia fidejuſſoris cauſa durior ſit; non item in altero, ubi debitor purè, fidejuſſor verò tantùm conditionatè debet.

Digitized by Google

ſumpta ex *l. 1. §. 4. ff. de V. O.* in qua, ſi ſtipulanti centum, promittam ducenta, valet ſaltem quoad centum. Vel ex *l. 11. §. un. de pec. conſt.* ubi conſtitutum majoris ſummæ ſaltem valet quoad minorem: Nam hac inſtantia tantùm confirmatur prius membrum noſtræ ſententiæ, ubi fidejuſſor ſe obtulit ad majorem ſummam, quàm rogatus erat; nullatenus autem poſterius, ubi fidejuſſor decipitur, impugnat. Accedit, quòd ſit contra formam juris, ut obligatio acceſſoria in cauſam duriorem, quàm principalis, tendat. Conſtitutum quod attinet in æquitate, non ita, uti fidejuſſio, in rigore fundatur; *Vinn. ad §. 5. b. n. 5.* Addi poteſt *Hub. b. n. 4.* Diſſentit *Voët. ff. d. t. n. 4.* Age, tranſigamus, invicem dato & retento: Si appareat creditorem, & debitorem decepiſſe fidejuſſorem, fortè, quia tempore fidejuſſionis minor erat obligatio principalis, quàm fuerat propoſitum, fidejuſſio erit totaliter nulla; ſi verò caſum ponas, quo debitor credebat ſe indigere centum, & rogavit fidejuſſorem, ut in centum fidejuberet, & iſte fidejuſſit (poſſe enim fidejuſſionem antecedere obligationem principalem, patet ex *§. 3. Inſt. & l. 6. §. fin. ff. b. t.*) poſtea verò tantùm quinquaginta accepit, valebit, quia omnia bona fide peracta ſunt, jungantur ea, quæ habet *cit. Vinn. ubi ſup. num. 4.*

Effectus remotus eſt Actio ex ſtipulatu perſonalis, ſtricti juris, qua fidejuſſor convenitur ad id, quod pro debitore, ſe ſoluturum, promiſit. Competit creditori, & hæredibus contra fidejuſſorem, illiúsque hæredes, ita quidem, ut olim liberum fuerit creditori convenire debitorem, vel fidejuſſorem, *l. 5. 19. & 23. C. b. t.*

Juvantur tamen fidejuſſores, antequam ſolvant, tribus remediis: ORDINIS, ſeu EXCUSSIONIS, DIVISIONIS, & CEDENDARUM ACTIONUM. Primum, cujus Author (ſi generaliter de omnibus fidejuſſoribus loquamur, vid. *Voët. b. t. n. 14.*) Imperator noſter eſt, quo fidejuſſor conventus petit, ut priùs conveniatur, ſeu excutiatur debitor principalis, *nov. 4. c. 1.* indéque deſumpta *Auth. præſente C. eod.* Ceſſat tamen hoc beneficium (I.) ſi negaverit, ſe fidejuſſiſſe, & de mendacio fuerit convictus, *arg. l. 10. §. 1. ff. b.* (II.) Si debitor principalis ſit notoriè non ſolvendo, dum inanis eſt actio, quam debitoris excludit inopia, *l. 6. ff. de dol. mal.* aut perſona talis, quæ obligari non poteſt, ùt pupillus, prodigus: vel difficilis conventionis; aut omninò abſit. (III.) Si huic beneficio expreſsè renunciaverit, *arg. l. pen. C. de pact.* Dixi: *expreſsè*, nec enim ſufficit renunciatio generalis, v. g. ſi omnibus beneficiis, fidejuſſoribus competentibus, renunciet, cùm generalis renunciatio, neque hanc, neque aliam exceptionem tollat, *arg.*

l. 4. §. 4. ff. ſi quis caut. in jud. ſiſt. cauſ. fact. &c. l. 47. §. 1. ff. de pact. renunciationes enim ſunt ſtricti juris, nec regulariter præſumuntur, *c. 5. de renunciat. Hópp. h. ad §. 4. Voët. ff. h. n. 16.*

Num ceſſet, ſi fidejuſſor ſub clauſula, *ùt principalem*, ſe obligaverit? Ceſſare contendit poſt *Gayl. 2. obſ. 28. n. ult. & alios, DD. Franz p. m. h. n. 37.* Eorum potiſſima ratio eſt, quòd in contractibus, ne minimum quidem verbum debeat effectu deſtitui, eſséque otioſum, *c. 10. de privileg. in 6.* ſiquidem, ajunt, ſtante alia ſententia, eſſet obligatus, ùt principalis, utì ſupponitur, & non eſſet, quia principalis non haberet beneficium ordinis, benè verò fidejuſſor, quod manifeſtam importat contradictionem.

Nobis *cum Zoëſ. h. t. n. 22.* præplacet opinio contraria, ad quam firmandam utimur fundamento Bachovii ad Treutl. *diſp. 28. th. 5.* Non obſtante, quòd plures fidejuſſores in ſolidum ſe obligaverint, nihilominùs gaudeant beneficio diviſionis, *l. 3. C. h. t.* ſicut igitur non implicat teneri in ſolidum, & tamen habere beneficium diviſionis, adeóque tantùm pro parte, ita neque implicabit eſſe obligatum, ùt principalem, & tamen habere beneficium ordinis, ſeu excuſſionis. Neque evades, ſi cum *laud. DD. Franz* dicas, plures fidejuſſores aliunde, & jam ipſo jure teneri in ſolidum, conſequenter iſta verba nihil operari, ne cæteroquin voluntas contrahentium in præſenti ad plus ſe extendat, quàm diſpoſitio legiſlatoris, *vid. l. 99. ff. de C. & D.* econtrà fidejuſſor, utpote, cuî de jure competit beneficium ordinis, non ipſo jure obligatur, ùt principalis, quapropter, ſi ita ſe obliget, jam hoc ipſo ſuo beneficio renunciat. Equidem replicabimus, gratis à te negari, fidejuſſorem non teneri ipſo jure, ùt principalem: poſtquam, ipsâ fidejuſſionis eſſentiâ loquente, fidejuſſor dicitur, qui obligationem principalem in ſe ſuſcipit, ſi hoc? utique non aliter, nec minùs, quàm principalis obſtrictus eſt. Quòd verba debent aliquid operari, damus, niſi aliàs contineantur implicitè in contractu: Itaque, veluti verba *in ſolidum*, nihil novi operantur, dum aliunde continentur in ipſo negotio, ita pariter clauſula, *ùt principalis*, tam parùm quid novi operari debet, quàm parùm clauſula in ſponſalibus adjecta: te ducam, *niſi placuerit ingredi religionem*, quid novi producit, cùm aliàs tam una, quàm alia in ipſo negotio contineatur. Contradictio, quæ opponitur, Adverſariis ſolvendam relinquimus, qui nobiſcum debent admittere, poſſe fidejuſſores teneri in ſolidum, & nihilominùs gaudere beneficio diviſionis. Illud pro medio ſolutionis adnotamus, aliud eſſe obligari, ùt principalem, aliud eſſe ipſum principalem; fidejuſſor, ſub prædicta clauſula ſe obligans, manet adhuc fidejuſſor (aliàs eſſet expromiſſio, de qua tamen nihil agitur) nec

nec exinde principalis debitor evadit. De uſu practico hujus quæſtionis variè teſtatur *Hopp. d. l. uſ. hod.*

9 Alterum beneficium, nempe DIVISIONIS à D Hadriano indultum, & à D. Pio (a) (ita intelligas *l. 49. §. 1. in fin. ff. h.*) repetitum, & approbatum, eſt, vi cujus unus ex pluribus fidejuſſoribus conventus petere poteſt, ut etiam alii pro rata conveniantur, *§. 4. Inſt. l. 26. l. 27. §. 1. d. l. 49. §. 1. ff. h. t.* Ceſſat, uti prius, variis caſibus. (I.) Si expreſsè (b) renunciaverit, vel (II.(de mendacio convictus ſit, aut (III.) ſi cæteri fidejuſſores ante litem conteſtatam deſierint ſolvendo eſſe. Dixi: *ante litem conteſtatam;* ſi enim pòſt fiant non ſolvendo, hoc creditori, etſi minor ſit, non fidejuſſori nocet, *l. 51. §. 4. ff. d. t. Nec enim* (eſt ratio textûs) *deceptus videtur jure communi uſus.* Item (IV.) ſi confidejuſſores ſint tales, qui fidejubere non poſſunt, uti fœmina, cujus conditionem ignorare non potuit, *vid. l. 48. §. 1. ff. eod.* Nec non (V.) ſi ab initio in partes viriles quilibet fidejuſſerit, quia ipſo jure tuti ſunt, *l. 51. pr. ff. d. t.* Aut (VI.) ſi plures fidejuſſerint, rem pupilli ſalvam fore, *l. ult. ff. rem pupill. ſalv. for.*

10 Per Beneficium CEDENDARUM ACTIONUM fidejuſſor conventus petit, ut ſibi à creditore cedantur actiones, quas habet contra debitorem principalem; reliquóſque confidejuſſores, *l. 36. & 39. ff. h. t.* Licèt enim fidejuſſor pro debitore ſolvens habeat contra illum actionem mandati, ſi pro mandante (vid. limitatio notabilis in *l. 12. §. 11 ff. mand.*) vel ſciente & tacente: vel negotiorum geſtionis, ſi pro ignorante (nam ſi pro invito, ceſſat omnis actio, *l. 6. §. 2. l. 40. ff. mand.*) fidejuſſerit *§. 6. Inſt. h. t. d. l. 6. §. 2. l. 20. §. 1. ff. mand.* poſſunt tamen actiones ceſſæ, vel rationes hypothecæ creditori conſtitutæ, vel ratione prælationis, aut ex alio capite eſſe utiliores. Debet autem de hoc beneficio ſibi proſpicere, antequam ſolvat, vel ſaltem in continenti poſt factam ſolutionem, *l. 76.*

(a) Qui fuit ab Hadriano adoptatus; unde ſunt, qui dicunt uſurpâſſe ejus nomen, quò facit argumentum ex *§. 8. Inſt. & l. 6. §. fin.* ibi: *D. D. Hadriani & Antonini* (ſupple *Pii*) *ff. de excuſ. tut.*

(b) Aut etiam tacitè, nempe ſolvendo; nec enim ſolutum repetere poteſt *§ 4. h. l. 26. & 49. §. 1. ff. h. t* nec etiam regreſſum habere poteſt contra confidejuſſores *l. 39. ff. d. t.* ſibi enim imputet, quòd non oppoſita exceptione, vel ſaltem petita actionum ceſſione ſolidum, ad quod de jure, ſed ſub præfatis remediis tenebatur, ſolverit, Nec obſtat, quòd ſi unus correorum ſolverit ſolidum, habeat contra alium regreſſum, quia correus debuit ſolvere, nec habebat exceptionem, ſicut fidejuſſor, conſequenter non poteſt obtinere cujuſdam renunciationis præſumptio. Si urgeas. qui habet exceptionem perpetuam, poteſt ſolutum repetere. *arg. l. 40 ff. de condict. ind.* Reponimus hoc verificari de ea, quæ abſolutè liberat; non de ea, quæ ex æquitate & tantum ſecundùm quid competit.

ff. de ſolut. per quam explicanda, *d. l. 36. ff. h. t.* quæ aliàs videtur contraria. Ratio eſt, quia, facta per fidejuſſorem ſolutione, actio jam extinguitur, *arg. pr. Inſt. quib. mod. toll. obl.* conſequenter ampliùs cedi non poſſet, cùm non entis non ſint qualitates. Eſt inſuper hæc ceſſio contra confidejuſſores ex eo neceſſaria, quia fidejuſſor ſolvens contra alios nullam aliàs habet actionem, totum enim ſolvendo non alienum, ſed proprium negotium (cùm quilibet in ſolidum teneatur) geſſit *d. l. 39. ff. l. 11. C. h. t.* Opitularetur equidem fidejuſſori paritas, quòd, ſi unus ex pluribus tutoribus ſolidum illius, quod ex adminiſtratione tutelæ debebatur, ſolverit, regreſſum habeat contra alios contutores, quamvis actiones ei non fuerint ceſſæ, *l. 1. §. 13. ff. de tut. & rat. diſtr.* ſi pro fidejuſſore pugnaret eadem ratio, quod tamen dici non poteſt, quia tutores neceſſariò hoc officio funguntur, conſequenter majori eriam favore digni videbantur, fidejuſſores econtra ex libera voluntate alienam obligationem in ſe ſuſcipiunt, adeóque in ea, quam ſibi impoſuerunt, neceſſitate non erat ita juvandum, *arg. l. 7. §. 1. ff. qui ſatisd. cog. Voët. h. t. n. 28.* Notari hic meretur *Thomaſ. ad Hub. h. n. 8.* ubi contendit, Jus Romanum hoc in paſſu, quoad ceſſionem actionum contra fidejuſſores, non eſſe receptum, cùm etiam, ceſſione non facta, detur contra fidejuſſores actio negotiorum geſtorum; ſed abſque ſufficienti, imò ex falſo ſuppoſito: Non enim Jus Romanum tantùm obligat, in quantum probatur receptum, ſed generaliter, niſi probetur abrogatum, arg. eorum, quæ docuimus in Procem. *p. 3. App. 3. n. ult. in fin.* Neque etiam, uti Thomaſius exiſtimat, mera eſt Juris Romani ſubtilitas, quòd fidejuſſori, ceſſione non facta, nulla competat actio contra confidejuſſores, ſed maximè in ratione fundamentum, quia non alienum, ſed proprium negotium in ſolidum ſolvendo geſſit, *arg. l. 3. C. h. t.*

11 His beneficiis adjungi poſſunt duo, quorum unum accommodat Marcellus in *l. 38. ff. mand.* Alterum Paulus in *l. 28. ff. h. t.* Ille (cui accedit S. Pontifex in *c. fin. h. t.* Nec non Impp. in *l. 10. C. mand.*) fidejuſſori, qui diu in obligatione ſtetit, vel timet, ne debitor paulatim fiat non ſolvendo, concedit, ut poſſit fidejuſſor adire Judicem, & petere, ut liberetur à ſua fidejuſſione, non quidem in præjudicium creditoris, cujus jus intactum manet, ſed eo fine, ut capiantur pignora, vel iis non apparentibus, aut ſufficientibus, decernatur immiſſio in bona debitoris, ac, ſi neque ita cautum ſit, fidejuſſori ea omninò vendantur. Iſte fidejuſſori indulget, ut, ſi creditor nimis procraſtinet actionem, ita, ut interim periculum emergat, ne unus vel alter fidejuſſorum facultatibus labatur, vel fidejuſſor prægnantes habeat exceptiones, quibus, ſi conventus

tus fuerit, valeat ſe liberare, interea autem perirent, poſſit adire Judicem proprium (nempe fidejuſſoris, qui poſtea reverà fit reus) & petere, ut citetur creditor, actionéque, quam contra fidejuſſorem ſe habere exiſtimat, experiatur, cui poſtmodùm ſuas exceptiones reponet, &, his probatis, declarabitur, creditori contra fidejuſſorem actionem non ampliùs competere, aut eliſam eſſe. De hoc remedio agunt Digeſtiſtæ ad *tit. de judiciis*, éſtque unus ex caſibus, ubi Actor contra communes juris regulas ad agendum compellitur.

Dantur & alii modi, quibus obligatio fidejuſſoria evaneſcit, (I.) 12
extinctâ per ſolutionem, novationem, vel acceptilationem, aut etiam præſcriptionem, obligatione principali, *arg. c. 42. de R.J. in 6.* (II.) Confuſione, ſi nempe fidejuſſor debitori, vel creditori, aut viciſſim, ſuccedat, quia idem non poteſt eſſe ſimul debitor principalis, & fidejuſſor, vel idem ſibi ipſi debitor, & creditor, vid. *l. 14. 21. 50. 93. §. 2. & 95. §. 3. ff. b. t.* latiùs *Voët. ff. de ſolut. n. 22. & ſeqq.* (a) (III.) Lapſu temporis, dum fortè vel fidejuſſio, vel obligatio principalis ad certum tempus reſtricta fuit, limitata enim cauſa limitatum producit effectum, *arg. l. 44. §. 1. ff. de O. & A.* pactáque dant legem contractui, *l. 7. §. 5. ff. de pact. vid. l. 7. C. de locat. juncta l. 11. §. fin. ff. d. t.* Laud. Voët. *ff. b. t. n. 36.* Cæterùm perpetuata per culpam, vel moram, aut alio ſimili modo debitoris principalis obligatione, etiam in fidejuſſore perpetuari placuit: *l. 91. §. 4. ff. de V. O.* (IV.) Si ſit fidejuſſio indemnitatis, & debitor, morâ à creditore commiſsâ, ſolvendo non fiat, quia damnum, quod quis ſuâ culpâ ſentit, ſentire non videtur, *l. 41. pr. ff. b. t. l. 203. ff. de R.J.*

APPENDIX

De SCto Vellejano.

NUllum quidem de hoc SCto in Inſtitutis, quantum hactenus nobis conſtat, habetur veſtigium; quia tamen materia ferè quotidiana eſt, & fidejuſſionem reſpicit, licebit mittere pauliſper falcem in alienam meſſem: & quædam magis plana, difficilioribus quæſtionibus ad Pandectas remiſſis, de hoc beneficio prælibare. Eſt igitur SC. Vellejanum *Privilegium à Senatu Romano indultum, quo cavetur, ne mulieres, quæ pro aliis*

(a) Limita, ſi obligatio principalis ſit minùs plena, puta naturalis tantùm, ubi confuſione non tollitur. *l. 21. §. 2. ff. h. t.* hoc ipſo enim, quòd ſit in mera æquitate fundata, adeóque jus civile non reſpiciat, ceſſat ſubtilitas confuſionis. Et ita interpretari poteris *l. 93. §. 3. ff. de ſolut.* Et leges; *Nam ſi reus NATURA duntaxat fuit obligatus NON liberabitur fidejuſſor.*

aliis fidejubent, efficaciter obligentur. Erat equidem jam anteà, temporibus nempe D. Auguſti, & mox deinde Claudii, uti teſtatur Ulpianus in *l. 2. pr. ff. ad SCtum Vellej.* interdictum, ne fœminæ pro viris ſuis intercederent: Factum eſt poſteà SCtum, quo pleniſſimè fœminis omnibus ſubventum eſt, & planiſſimè cautum, ne pro ullo intercedant, *l. 1. pr. l. 2. §. 1. ff. d. t.* quod, ut magis appareat, exenteranda erit definitio. Dictum fuit, PRIVILEGIUM. Et quidem generale, utpote omnibus fœminis conceſſum, & favorabile, quia primariò in earum favorem fuit introductum, licèt per accidens creditori, cui non ſatis fortè conſultum erit, præjudicet: A SENATU ROMANO INDULTUM. Marco Silano, & Vellejo tutore Conſulibus (non ordinariis, ſed probabiliùs ſuffectis. *Voët. ff. d. t. num. 1.*) verbáque de obligationibus fœminarum, quæ pro aliis reæ fierent, facientibus, atque ita conſulentibus. Ratio cavendi erat; *cùm fœminis* (ſunt verba Senatûs in *d. l. 2. §. 1.*) *virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obſtringi non ſit æquum. nam* (ita diſcurrit Paulus in *d. l. 1. §. 1. ff. eod.*) *ſicut moribus civilia officia adempta ſunt fœminis, & pleraque ipſo jure non valent, ita multò magis adimendum eis fuit id officium, in quo non ſolùm opera, nudúmque miniſterium earum verſaretur, ſed etiam periculum rei familiaris.* Optima ſanè ratio! *omnium quippe imperitorum animus* (lamentatur Seneca *de remed. fortuit.*) *maximè tamen muliebris in lubrico eſt.* Solebant quippe fœminæ nimia facilitate ductæ, ſpéque fretæ, debitorem ſoluturum, fidem ſuam minùs conſultô interponere, cum non minimo rerum ac facultatum ſuarum diſpendio; fidejubere enim res quidem initio facilis, ſed ſolutio exinde facienda oppidò difficilis: *Hinc Senatus* (ita pergit Ulpianus in *d. l. 2. §. 2.*) *opem tulit mulieribus propter ſexûs imbecillitatem multis hujus commodi caſibus ſuppoſitis, atque objectis.* NE MULIERES, ſive nuptæ, ſive innuptæ, aut viduæ, ſive matres, ſive filiæfamilias, ſive majorennes, ſive minorennes cum conſenſu tutoris, aut curatoris (nam ſi ſine conſenſu, fidejuſſio erit ipſo jure nulla, ſuppoſito, quòd curatorem habeant, *arg. l. 3. C. de integ. reſtit.*) in omnibus namque pugnat ratio imbecillitatis, ſeu facilitatis. Excipit poſt alios *Lauterb. ff. d. t. §. 4.* fœminas Illuſtres, quibus competit jurisdictio territorialis. Cæterùm non tantùm ipſis fœminis, ſed etiam earum hæredibus, *l. 7. l. 20. C. d. t.* Item fidejuſſoribus, qui pro fœminis intercedentibus fidejuſſerunt, *l. 16. §. 1. ff. l. 14. & 15. C. d. t.* Nec non iis, qui fœmina mandante, creditori, id ſcienti, indemnitatem promiſerunt, hoc privilegio ſuccurritur, *l. 30. §. 1. l. fin. §. 3. ff. eod.* QUÆ PRO ALIIS, qualiscunque demum ſit debitor, *arg. l. 3. 5. & 8. C. d. t.* vel qualiscunque ſit creditor, *d. l. 1. ff. h.* ibi: *ne pro ullo fœminæ in-*

intercederent. Quoad *debitorem* tamen excipe maritum, pro quo, ſi uxor fidem ſuam interponat, fidejuſſio (niſi probetur, pecuniam verſam fuiſſe in utilitatem mulieris) eſt ipſo jure nulla, adeóque hoc beneficio non indiget, *nov. 134. c. 8.* & exinde deſumpta *Auth. ſi qua mulier. d. t.* Quoad *creditorem* pariter limita, ſi in favorem minorennis fidejuſſit: quippe, ſi minorennis creditor ſuum à debitore principali conſequi non poſſit, fœmina tenetur, quia potior eſt ratio ætatis, quàm SCti, *l. 11. in fin. ff. de min.* FIDEJUBENT. Intervenit autem fidejuſſio (ſaltem æquivalens, & hic & nunc prohibita) non tantùm, ſi fœmina alienam obligationem in ſe, manente debitore principali obligato, ſuſcipiat, ſed etiam, ſi pignus pro alio tradat, vel hypothecæ ſubjiciat, *l. 8. pr. ff. ad SCtum Vellej.* Si novam obligationem, quam alius erat contracturus, in ſe recipiat, vid. *l. 8. §. 14. ff. l. 19. C. d. t.* Si alienum debitum conſtituat, *l. 1. §. 1. ff. de pec. conſt.* aut ſi expromittat, *d. l. 8. §. 8. ff. ad SC. Vellej. vid. Hub. d. t. n. 2. & ſeqq.* Item, ſi cum alio ſe in ſolidum obligaverit, & corream debendi ſe conſtituat, quamvis enim correi pro ſe, non pro aliis obligentur, quia tamen mulier correa ſolutione totius debiti correum ſuum liberat, non eſt alienum dicere, pro alio reverà ream fieri, niſi in rem ſuam tota obligationis ſubſtantia verſa fuerit, *laud. Hub. ibid. n. 4.* EFFICACITER OBLIGENTUR: Per quod voluimus indicare (quidquid contra ſentiat *Pagenſt. in Theſ. Jur. d. t. n. 3.*) valere quidem fidejuſſionem (ſuppoſito, quòd deſuper confectum ſit inſtrumentum publicum, aliàs jure novo eſt ipſo jure nulla, *l. 23. §. fin. C. d. t.*) indéque oriri obligationem tum naturalem, tum civilem, ſed per exceptionem elidibilem, *l. 6. 7. & 8. §. 5. l. 23. ff. d. t. Hub. ibid. n. 5.* Dixi: *per exceptionem elidibilem*, caſu quo nondum ſolverit, & ad ſolvendum conveniatur. Quòd ſi jam ſolverit, vel contra authoritatem Senatûs obligata, debitorem ſuum delegaverit, competit eidem condictio, ad ſolutum, vel remiſſum repetendum, *l. 8. §. 3. ff. d. t. l. 40. ff. de condict. indeb.*

Ceſſat tamen hoc beneficium variis caſibus, & quidem, vel ob 14
motivum ſe tenens ex parte mulieris, vel ob favorem creditoris, vel ob privilegium cauſæ. Ob motivum ſe tenens ex parte ipſius mulieris ceſſat (I.) ſi dolo verſata fuerit, fortè virum mentiendo, vel ſimulando, ſe non fidejubere, ſed nomine proprio contrahere, *ſed ita demum* (eſt explicatio Ulpiani in *d. l. 2. §. 3. ad SCtum Vellej.*) *eis ſubvenit* (Senatus) *Si non callidè ſint verſatæ, hoc enim D. Pius, & Severus reſcripſerunt, nam deceptis non decipientibus opitulatur: infirmitas enim fœminarum, non calliditas auxilium demit.* His conſonat reſponſum Pauli in *l. 30. ff. eod.* (II.) Si mulierem pro fidejuſſione pretium accepiſſe, probetur *l. 23. pr. & §. 1. C.*

 d. t.

d. t. hic enim non imbecillitate, ſed avaritiâ decepta creditur (III.) Si fidejuſſionem pro extraneo (pro marito toties, quoties repetita, ſemper manet nulla, *d. Auth. ſi qua mulier. C. d. t.*) poſt biennium repetat, *l. 22. C. eod.* quæ à tempore factæ renovationis, nullô datô locô retrotractioni, valere incipit, conſul. *Lauterb. d. l. §. 23.* (IV.) Si pro alio interceſſerit in ſuam utilitatem, veluti, ſi illum defendat, qui contra eam habet regreſſum, puta emptorem, *l. 2. ff. d. t.* Vel, ſi hæreditatem emat, & æs alienum hæreditarium in ſe transſcribat: Aut pro fidejuſſore ſuo intercedat, qui ſunt caſus, *l. 13. pr. ff. eod.* Aut etiam, ſi pro alio rem ſecum communem habente ad ejusdem rei conſervationem fidem ſpondeat, *vid. l. 17. §. fin. l. 21. & 22. ff. d. t.*

Magno hic partium ſtudio controvertitur, utrùm fœmina poſſit huic privilegio renunciare, ſi de eo fuerit priùs edocta. Stant pro utraque ſententia Authores magni nominis, quos longo agmine allegat *D. D. Gletle ſelect. quæſt. part. 3. c. 10. n. 8.* Apud nos contra *Gayl. 2. obſ. 77. n. 3. Voët. ff. d. t. n. 9.* hactenus præponderavit in puncto juris Negativa. Ex prægnantiſſima ratione, quòd eadem metuenda ſit facilitas in renunciando, quæ in fidejubendo, eſto enim fœminæ, maximè edoctæ, dicantur juris ſui tenaciſſimæ, præſertim, ſi agatur de præſenti alienatione (hinc evenit, ut rarò donent, *l. 16. C. de donat. ante nupt.*) nihilominus tamen, ſicut ideo faciles creduntur ad fidejubendum, quia ſperant, debitorem eſſe ſoluturum, ita etiam ex eadem ſpei ratione, nimis faciles erunt ad renunciandum; ſiquidem, etſi, quando fidejubent, ſciant, ſe debere ſolvere, niſi debitor ſolvat, tamen creduntur faciles ad fidejubendum, ergo, eſto, quando renunciant, ſciant, ſe debere ſolvere, niſi debitor ſolverit, tamen credentur faciles ad renunciandum. (a) Accedit, quòd certi tantùm caſus ſint excepti, quibus fidejuſſio à fœmina interpo-

(a) Hoc argumentum magìs explicamus ex iis, quæ habet *Plurim. Rev. ac Clariſſ. D. P. Coll Böcbn h. t.* id eſt, *de fidejuſſ. n. 9.* Dum initio hoc privilegium fuit conſtitutum, utique credendum eſt, etiam fuiſſe promulgatum, & ideo prudenter arguendum, veniſſe pariter in notitiam fœminarum; utpote genus hominum curioſum. Jam ſi poſtea fidejuſſerint, vel erant efficaciter obligatæ? vel non? Si prius, promulgatio potiùs nocuit, quàm profuit, facitque privilegii uſum inutilem. Si poſterius? Etiam renunciantes non efficaciter obſtringebantur. Nam perinde eſt ſive ſcientes EXPRESSE, ſive fidejubendo IPSO FACTO, ſeu TACITE renuncient; in utroque enim caſu non cenſentur advertere periculum ſibi ex fidejuſſione imminens. Sanè mulier edocta renuncians in quid magìs arduum non videtur conſentire, quàm dum ignara hujus privilegii intercedit; ſemper enim credit ſe efficaciter obligari: ſicut igitur præſumitur, & fuit prona ad fidejubendum, quamvis crediderit ſe efficaciter obligari, dum SCtum ignorabat, ita æquè erit prona ad renunciandum, etiamſi ſciat, ſe efficaciter obligari; ſiquidem ſemper affulget ſpes, debitorem ipſum fore ſoluturum.

Digitized by Google

poſita efficaciter ſuſtinetur, exceptio autem firmat regulam in non exceptis; cùm igitur caſus renunciationis nullibi legatur exceptus, manebit ſub regula generali fidejuſſionis inefficacis. Quid, quòd immiſcere ſe fidejuſſionibus magìs fœminis ſit interdictum, quàm alia munera civilia exercere, *l. 1. §. 1. ff. d. t.* Atqui in ordine ad ſuſceptionem aliorum munerum non poſſunt renunciare, conſequenter minùs poterunt in fidejuſſione Hinc non officit (I.) vulgatum illud ex *l. pen. C. de pact.* quòd quilibet poſſit favori ſuo renunciare, (II.) quòd, ſi velit pro eo, pro quo fidejuſſit, judicium ſuſcipere debeat, huic beneficio renunciare, *l. ult. §. pen. ff. ad SCtum Vellej.* Idem (III.) dicendum, ſi ambiat tutelam ſuſcipere ſuorum liberorum, *tot. tit. quand. mul. tut. off. fung. poſſit.* Quòd (IV.) ſi poſt biennium fidejuſſionem repetat, efficaciter obligetur, *l. 22. C. d. t.* demum (V.) quòd, ſi ſciens, ſe habere hoc beneficium, fidejubeat, teneatur, *l 30. ff. eod. ſi decipiendi animo*, ait JC. *vel, cùm, ſciret, ſe non teneri, mulier pro aliquo interceſſerit, exceptio ei SCti NON DA TUR*, atqui edocta non poteſt non ſcire. *Primum* equidem procedit niſi in renunciatione ſubſit idem periculum, cujus intuitu privilegium fuit conceſſum, argumento deſumpto ex SCto Macedoniano. (a) *Secundum* admittit diſparitatem, quia non præſumitur tam facilis ad judicium pro alio ſuſcipiendum, quia talis acceptio pro ſolutione habetur, *l. 23. ff. de ſolut.* uti ergo poteſt pro alio fœmina ſolvere, quia non ſubeſt tantum periculum, ſeu tanta facilitas, *arg. l. 4. §. 1. l. 5. ff. d. t.* ita etiam poteſt pro alio judicium ſuſcipere. *Tertium* eſt in favorem pupillorum, ut mater, vel avia admittantur ad tutelam ob affectum; admitti autem non poſſent, niſi huic beneficio renunciarent, cùm nemo, iis authoribus, cum pupillo contraheret. *Quartum* procedit rurſus ex ſpeciali ratione, quam innuit ipſe textus: *videtur ex hujusmodi temporis prolixitate* (ſunt verba Imperatoris) *non pro alio obligatione ſe alligare*, *ſed pro ſua cauſa aliquid agere.* *Quintum* nullatenus eſt ad rem, quia ſupponit dolum fœminæ, ſi forte ſciverit, ſe tamen neſcire, ſimulaverit, veluti conſtabit ex ratione in ipſo textu ſubnexa: *actionem enim, quæ IN DOLUM mulieris competit, ampliſſimus ordo* (nempe Senatus) *non excludit.*

 Il-

(a) Hic *ex eodem Obſervandiſſ. D. Coll.* notandum, Juris favores dari quandoque propter meritum, vel in ſolatium v. g. *Doctoribus*, militibus, perſonis miſerabilibus &c. ut facere quid poſſint, quod aliàs non liceret. Et hi non dantur invitis. *l 69 ff. de R. J.* Quandoque ob imbecillitatem, imperitiam, ſeu imprudentiam e. g. pupillis, minoribus &c. ubi plerumque cavetur, ne facere quid poſſint, quod aliàs poſſent, ſed cum periculo damni. Hujusmodi autem favores etiam invitis indulgentur, cum ſemper militet ratio periculi; Et huc etiam ſpectat SCtum Vellej. *arg. d. l. 2. §. 2. ff. h. t.* hinc ceſſat facultas renunciandi.

Illud nolumus diſſimulare, ſententiam contrariam, uti paſſim teſtantur, eſſe civitate donatam. Ob favorem creditoris ſilet Vellejus (I.) ob ejus ignorantiam, ſi creditor ignoret ex parte mulieris ſubeſſe interceſſionem, ùt, *ſi mulier* (eſt exemplum Pauli in *l. 11. ff. d. t.*) *tanquam in uſus ſuos pecuniam acceperit, alii creditura, non eſt locus SCto alioquin nemo cum fœminis contrahet, quia ignorari poteſt, quid actura ſint.* Limita, ſi creditor ſciverit, fœminam mutuum in eum finem, ut alteri crederet, accipere, *l. 12. & 28. ff. eod.* vel prudenter ex ipſo negotio (nam, ſi aliunde ſcivit, ei non nocet, ita capimus, *l. 13. C. d.* Aliter Voët. *d. t. n. 3.*) advertere potuit, latere interceſſionem, puta, ſi fœmina non ab initio contrahat, ſed alienam obligationem in ſe transferat: In ejusmodi enim caſibus debet creditor diligentiùs inquirere, utrùm non lateat interceſſio, uti monet Africanus in *l. 17. in fin. pr. ff. d. t.* Nonnunquam enim in venditione latet fidejuſſio, ut, ſi ideo vendat, ut pretium pro mariti debito cedat, vid. *l. fin. §. 2. ff. juncta l. 4. C. d. t.* (a) Ceſſat (II.) ſi creditor ſit minorennis ex ſuperius dictis. Ob favorem cauſæ ceſſat, ſi mulier pro eo, qui dotem promiſit, fidejubeat, *l. 41. pr. ff. de jur. dot.* ibi Paulus: *Promittendo dotem omnes obligantur cujuscunque ſexûs, conditionisque ſint.* Rationem dat Imperator noſter in *l. fin. C. ad SCtum Vellej. non eſſe ferendum, quaſi caſu fortuito interveniente, mulierem fieri indotatam, & ſic à viro forſitan repelli, & diſtrahi matrimonium.* quæ ratio, cùm tantùm pugnet pro caſu, quo maritus credens, ſe ducere uxorem dotatam, deciperetur, ſi fœmina fidejubens beneficio Vellejani uteretur, hanc conſtitutionem reſtringimus contra *cit. D. D. Gletle d. l. n. 5.* & alios, ad caſum, quo fidejuſſio matrimonium præceſſit, ſi enim promiſſio dotis poſt matrimonium fiat, maritus intuitu dotis ad contrahendum matrimonium non inducitur, cùm ſciat, ſe ducere uxorem indotatam. *Anton. Fab. lib. 4. C. tit. 21. n. 14.*

TITULUS XXII.

De Literarum Obligationibus.

Tertius modus obligationem contrahendi ſunt Literæ, non ad probandum, de quibus agitur in Digeſtis de fide inſtrumentorum, ſed, ut verè productivæ obligationis confectæ. Hic modus vo-ca-

(a) At hi textus pugnant inter ſe! In priori enim obtinere dicitur SCtum. In poſterior verò negatur. Diſtingue caſus, & jam convenient: Si eo fine & pacto fuit facti vena

catur CONTRACTUS CHIROGRAPHARIUS, ſeu juxta alios LITERALIS, qui commodè deſcribi poteſt, quòd *ſit Contractus Civilis, quo quis, emiſſo Chirographo, promittit, ſe ſoluturum, quod in illo ſe debere confeſſus eſt.* Dixi *Contractus*: ubi ſtatim claſſicum tibi canit *Bachovius ad hunc tit.* docétque, literarum obligationem non ex literis, ſed ex mutuo præſumpto deſcendere? Siquidem, ait, non ſcripturâ, ſed numeratione probatâ, actor vincit, & querela non num. pec. nullatenus opponitur literis, ſed numerationi non factæ, conſequenter fundamentum non ſunt literæ, ſed numeratio. Verùm authoritas Juſtiniani, & Triboniani, qui hunc contractum ab aliis in *§. un. h.* diſtinctum faciunt, dicúntque SCRIPTURA confitentem obligari, hoc in paſſu nobis major eſt, quàm cujuscunque alterius Bachovii, ſiquidem rem benè conſideranti patebit, hanc obligationem ad nullam ex tribus notis obligationum ſpeciebus reduci poſſe. Non ad conſenſualem, quia palam eſt, ſolum conſenſum ad illam non ſufficere. Non ad verbalem, quia deficiunt ſolemnia verba, imò inter abſentes contrahi poteſt. Non ad realem, quia re non contrahitur obligatio, niſi in quantum datum eſt, *l. 11. §. 1. ff. de R. C. l. 9. C. N. N. P. Vinn. h. num. 5.* Neque movemur argumentis Bachovii, quæ, data inſtantia de ſtipulatione, ùt fumus evaneſcunt: Equidem neque probata ſtipulatione, ſed numeratione actor vincit, neque exceptio non numeratæ pecun. ſtipulationi, ſed numerationi opponitur, *§. 2. Inſt. de except.* Inde tamen non benè dixeris, ſtipulationem non eſſe contractum diſtinctum, vel fundamentum obligationis non eſſe ſtipulationem, ſed numerationem. Etiam illud falſum eſt, exceptionem opponi fundamento actionis, dum potiùs ipſi actioni, ſeu executioni, qua conventus, à ſe injuſtè quid peti, contendit, opponitur: ſic metu adactus, dolo inductus, filiusfamilias ex mutuo, fœmina ex fidejuſſione conventi, non negant, contractum eſſe initum, ſed tantùm dicunt, ſe injuſtè ex ejusmodi contractibus conveniri, *arg. l. 2. §. 3. ff. de dol. mal. & met. except.* Ita pariter ex chirographo conventus non negat, ſe emiſiſſe chirographum, ſe contendit, ſed injuſtè ob non factam numerationem conveniri, vid. *Gletle ſelect. quæſt. p. 3. c. 2. n. 4. & ſeqq.* Dixi: *Civilis*, utpote mera ejus creatura, juri enim naturali, vel gentium modus hic contrahendi ignotus eſt. Dixi: *quo quis, emiſſo chirographo, promittit.* In hoc enim hujus ſubſtantia vel maximè conſiſtit, & ſicut

venditio, ut pretium creditori mariti cedat, locum habebit *l. ult. §. 2.* Si autem nil horum præceſſit; Sed mulier vendidit, & poſtea ex pretio creditori mariti ſolvat, ſubintrabit. *d. l. 4.* Hic quippe omnia bona fide & ſine ulla palliata interceſſione peracta ſupponuntur.

ille, qui ſtipulanti ſpe futuræ numerationis promittit, *verbis* ſe obſtringit, ita, & iſte *literis*, *d. §. un. h. juncto d. §. 2. de except.* Sunt, qui totam ſubſtantiam contractûs literalis in confeſſione, additâ causâ debendi, ponunt; Nos, quamvis hæc opinio non adeò diſpliceat, neque ei litem faciamus, maluimus tamen efficaciam in promiſſione ſimul ponere, promiſſio enim literis contenta magis apta videtur ad obligationem producendam, quàm confeſſio. Deinde literæ hic ſe habent, ſicut ſtipulatio, *arg. d. §. 2. de except.* hæc autem regulariter non inducitur ex confeſſione, ſed interrogatione, & promiſſione, *d. §. 2. vid. Lauterb. ff. de R. C. §. 52.* Cæterùm *olim ſcripturâ fiebat obligatio*, *quæ dicebatur nominibus fieri*: *quæ nomina hodie non ſunt in uſu*, ait Imperator in *cit. §. un. h.* Quid autem intelligendum ſit per nomina, nec Veteres, nec Noſtri inter ſe conveniunt. Ajunt moris fuiſſe apud Veteres, ut debitor nomen ſuum tabulæ creditoris inſcriberet, ſéque debitorem fateretur; Alii aliter: Quænam nobis ſedeat opinio, aliis curis dabimus. Interim ex dictis conſtat, hunc contractum originem trahere ex jure civili: Uſu enim nominum ſublato, cœperunt debitores per chirographa creditoribus cavere. *Hub. h. n. 1.* Eſt igitur jus civile

2 Cauſa efficiens, num autem Juſtinianus? Veremur aſſerere: Et fortè non aliter, quàm Zeno, contractûs Emphyteuticarii, de quo videri poteſt *§. 3. de locat. conduct.* & nos infrà *ibid. in App. n. 11.* ſiquidem jam tempore Antonini ex chirographo actum fuiſſe dicitur in *l. 3. C. de non num. pec.* ibi: *ſi ex cautione tua, licèt hypotheca data, conveniri cœperis &c.* Quid autem eſt ex cautione conveniri aliud, quàm ex chirographo? Quid aliud ibi intelligit, quàm contractum chirographarium, cui opponitur querela non num. pec. quam poſteà Juſtinianus in *l. 14. C. d. t. & cit. §. un. h.* ad biennium reſtrinxit? Sanè, licèt hic contractus Veteribus, & quidem fortè etiam noſtris JCtis fuerit ignotus, non tamen ſequitur, etiam fuiſſe ignotum Imperatoribus, qui hunc contrahendi modum ſucceſſivè invalentem reſcriptis ſuis approbârunt, prout patet ex *d. l. 3. l. 5. 7. 8. & 14. C. & paſſim d. t.* Et uti non ignoramus, exceptionem non num. pec. latiùs patere, quàm contractum chirographarium, ita negari non poterit in multis caſibus, in quibus ad *tit. C. de non num. pec.* de hac exceptione agitur, præceſſiſſe contractum literalem. Certè, ſi Juſtinianus hunc modum introduxiſſet, haud dubiè, uti aliàs ſolet, mentionem, quam etiam non negligit de reſtrictione querelæ ad biennium, faceret. Imò Imperatorem hunc contractum jam ſuppoſuiſſe colligitur ex ſæpè *cit. §. un. h. ſic fit*, inquit, *ut & hodie* (id eſt, in communi loquendi modo, *jure novo*, ſeu *moribus*, aut jure hodierno, licèt ante

mul-

Digitized by Google

multos annos obſervetur) *dum queri non poteſt, ſcriptura obligetur.* Quinam autem chirographô poſſit ſe obligare, facilè deduces ex dictis de contractibus in genere.

Objectum ſunt negotia, in quibus iſte contractus obtinet: Poſſe quem ex omnibus negotiis ſe literis debitorem fateri, videtur eſſe extra dubium: Sed, an ejusmodi confeſſio obligationem literarum inducat, non tam tutè, quàm promptè dixeris; ſiquidem contractus chirographarius juxta mentem tum Antonini, tum aliorum Imperatorum, præcipuè verò Juſtiniani in *ſuprà cit. tt.* in iis ſolummodo negotiis obtinere videtur, ubi competit Querela N. N. P. rejiciens onus probandi in Adverſarium, vid. *d. l. 3. l. 5. C. de N. N. P. & d. §. un. b.* Ibi enim verè quis dicitur ex literis efficaciter obligari, ſuppoſito, quòd tempora exceptionis fuerint elapſa: In quibus autem hæc exceptio locum habeat, videbimus mox infrà. 3

Forma conſiſtit in confeſſione, & promiſſione ſolutionis faciendæ, additâ debiti causâ, v. g. *Ego infraſcriptus fateor, me debere Titio centum ex mutuo, eáque ad finem anni me ſoluturum promitto.* Quamvis omiſſa promiſſione expreſſa (quia ſemper adeſt tacita in confeſſione debiti comprehenſa) contractus non vitiaretur, & in tantum ſententiam hic *n. 1.* allegatam recipere poſſumus. 4

Effectus hujus contractûs proximus, eſt obligatio ad ſolvendum id, quod quis ſe debere faſſus eſt. Sed quando naſcitur? Juxta non paucos primùm poſt biennium, ſeu primùm, poſtquam ampliùs querela non competit. Id, quod velle videtur Imperator in ſæpè *cit. §. un. b.* ibi: *ſic fit, ut & hodie, DUM QUERI NON POTEST, SCRIPTURA obligetur.* Oritur igitur obligatio ex literis primùm tunc, dum queri non poteſt, queri autem non poteſt poſt biennium. Verùm ſententia, quæ, obligationem ſtatim ab emiſſo chirographo oriri, aſſerit, & ſupponitur ab *Hopp. b. verſ. Accedit.* adeò præoccupavit animum, ut rationibus contrariis vix ullum locum relinquat; ſicut enim poſita ſtipulatione, qua quis pecuniam, ùt mutuò debitam, ſtipulanti promittit, ſtatim oritur obligatio, per textum irrefragibilem in *d. §. 2. de except.* ita etiam poſito, ſeu emiſſo chirographo, quo ſe debitorem fatetur, ſtatim naſcetur obligatio. Nec enim apparet ſufficiens diſparitas, cur prior exceptio, quæ ſtipulationi opponitur, juris, & propria ſit, & cur non etiam poſterior, cùm tamen eadem ſit exceptio, de qua loquitur Imperator in *d. §. un. b.* & ea, de qua agit in *d. §. 2. de except.* in hoc enim ad illum ſe refert: Textus ita habet: *Idem juris eſt, ſi quis, quaſi credendi causâ, pecuniam à te ſtipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam à TE PE-* 5

PETERE POSSE EUM, CERTUM EST, DARE ENIM TE OPORTERE, cùm ex ſtipulatione tenearis (ea quòd ſummo jure competat actio, adeóque nata ſit obligatio) *ſed, quia iniquum eſt, eo nomine te condemnari, placet exceptione non numeratæ pecuniæ te defendi debere, cujus tempora nos ſecundùm quod jam ſuperioribus libris* (id eſt, in *d. §. un. h.* ubi certè agit de querela, quæ opponitur contractui chirographario) *Scriptum eſt, conſtitutione noſtra* (*l. 14. C. de N. N. P.*) *coarctavimus.* Nónne ex his vides, eandem querelam opponi contractui literali, quæ opponitur ſtipulationi. (a) Senſus igitur noſtræ ſententiæ eſt, quòd, emiſsô chirographô, ſtatim oriatur obligatio, ſed, oppoſita intra biennium exceptione, inefficax, ac elidibilis, & dum queri non poteſt, id eſt, poſt biennium (ſi benè nos infrà intellexeris) efficax. Non terret nos contentio, quam ſibi fingit *Hub. h. n. 4.* ubi ait: Omnium prima Actoris intentio intra biennium eſt, v. g. *Titi, tu mihi debes 100. ex mutuo.* Titius reſpondebit: *non debeo*, cui ſequeretur replicatio: *Tu mutuum confeſſus es.* Ad hæc reponet Titius: *At numeratio non fuit facta*, adeóque intra biennium non agitur ex literis, ſed ex mutuo: Decipit enim diſcurſus iſte, cùm creditor etiam intra biennium (ſicut pòſt) non in mutuo, ſed in literis ſe fundet: facta paritate rurſus à ſtipulatione, ita, ut exceptione non oppoſita, ex literis ſequatur condemnatio.

Eſ-

(a) Paritas, inquiunt, à ſtipulatione ad contractum literalem prorſus nihil valet, cùm certum ſit, quòd longè major ſit vis ſtipulationis, quàm chirographi. Sic, ſi pecuniæ mutuò datæ vel mox præceſſerit, vel in continenti adjecta ſit ſtipulatio, planè facit, ut ne quidem ſit mutuum, ſed mera ſtipulatio, & unius contractus, ex ſingulari reſponſo in *l. 6. §. fin. & l. 7. ff. de novat.* Dum econtrà chirographum ſive antè, ſive pòſt immediatè emiſſum nequaquam contractum mutui in literalem convertit; hinc mirum non ſit, ſi ſtipulatio chirographo prævaleat. Enim verò chirographa ſuâpte naturâ non ſunt contractus, velut ſtipulatio; neque illa ad obligationem inducendam, ſed probandam inſtituta ſunt. *l. 4. de pignor. l. 4. ff. de fid. inſtr.* Ad hæc, ſi ſtipulatio non ſtatim ab initio ſubſiſteret, eò minùs poſt decurſum biennii valere poſſet, cùm ſit tranſiens, nec ſupponatur in futurum eventum ſuſpenſa. Hoc ipſo igitur, quòd ſtipulatio ex *cit. §. 2.* ſtatim valeat, ſitque ex eſſentia contractûs, non poteſt non inde ſtatim naſci obligatio, & actio; quod de chirographo (cujus ratio intrinſeca non eſt, ut ſit contractus) dici nequit. Pergunt demum: Actione ex ſtipulatu, probata numeratione, poſſum vincere etiam intra biennium: non item actione ex chirographo; ubi ſi numerationem probavero, ex mutuo, non ex literis vinco. Verùm nihil minùs, quàm hic diſcurſus, ſeu reſponſio nobis difficultatem ſolvit: vel enim petit principium, vel confundit (ſed malè) literas, ut ſunt modus probandi, cum contractu literali chirographo. Idcirco ſtatim negamus, quòd major ſit, hoc in paſſu, vis ſtipulationis, quàm contractûs literalis. Neque hoc evincitur ex *cit. l. 6. §. un. & l. 7. de novat.* cùm tam parùm ſtipulatio, quàm chirographum contractum mutui in ſtipulationem, vel in contractum literalem immutet, textus enim

Digitized by Google

Effectus Remotus eſt condictio certi ex litteris, quæ eſt Actio perſonalis, qua creditor chirographarius, ejúsve hæredes agunt adverſus confitentem, & hæredes ad ſolvendum id, quod debitor in chirographo ſe debere confeſſus eſt: Eſt hæc Actio Civilis, Rei Perſecutoria, Stricti Juris, Perpetua. Sed num ſtare debebit ſuæ confeſſioni, ſi illud, quod, ſe accepiſſe, confeſſus eſt, reverà non acceperit? Eſt quidem ab omnibus recepta regula, quòd propria confeſſio ſit optima probatio, & confeſſus ſuis confeſſionibus acquieſcere debeat: *Nimis enim indignum* (exclamat Juſtinus in *l. 13. C. de N.N.P.*) *eſſe judicamus, quod ſua quisque voce dilucidè proteſtatus eſt, id in eundem caſum infirmare, teſtimonióque proprio reſiſtere.* Limita, *ſi contrarium per apertiſſima rerum argumenta* (ita ibidem) *ſcriptis inſerta religionem Judicis poſſit inſtruere, quòd in alium quemquam modum, & non in eum, quem cautio* (ſcriptura) *perhibet, negotium ſubſecutum ſit.* Utut iſta in Theſi ita ſe habeant, in contractu tamen chirographario aliter Juris Conditoribus placuit.

enim ſolummodò dicunt, quòd ſit unicus contractus, nempe ſtipulationis. Nec immeritò! ſuberat enim, vel omninò præceſſit animus ineundi ſtipulationem, ut ſatis innuit *d. l. 7.* conſtat autem initium contractûs eſſe ſpectandum *l. 12. in fin. ff. ad SCtum Maced. & l. 8. in fin. pr. ff. mand.* Idem itaque erit dicendum, ſi partes habuerint animum ineundi contractum literalem; ſiquidem textus contrarii non ponunt vim in natura ſtipulationis, ſed in animo contrahendi: Eſto aliàs non negemus, majorem eſſe vim ſtipulationis (præſertim, quoad tollendam obligationem) quàm omnium aliorum contractuum: Exinde tamen non licet inferre, quòd alii contractus poſita eorum ſubſtantia, non ſtatim producant obligationem. Illud quippe pariter negamus, contractum chirographarium non æquè eſſe SUA NATURA contractum, veluti ſtipulatio. Sicut enim verba poſſunt conſiderari, ùt modus probandi, ſeu ùt manifeſtativa conſensûs; vel, ſi ſolemnia ſint, tanquam inductiva obligationis *arg. l. 1. §. 1. & 2. ff. mand. l. 4. ff. pro Socio. jung. integ. tit. Inſtit. & ff. de V. O.* ita & ſcriptura *§. un. h. & l. 3. C. de N.N.P.* Dictum fuit SUA NATURA. Intellige juridica, cùm uterque contractus ex omnium ſententia ſit pura, & puta creatura juris civilis Romani; in ſe enim ſpectati, vel uterque, vel neuter obligationem inducit. Item veluti ſtipulatio, nulla quippe ſuppoſita conditione, non ſuſpenditur, ita & contractus chirographarius, cum æquè ex ſua natura intrinſeca, ad exemplum ſtipulationis, in ſenſu mox expoſito ſit contractus: Non enim hic conſideratur chirographum, ùt modus probandi, ſed obſigandi, quam vim potuerunt dare Impp. tam benè literis, ſeu chirographo, quàm JC. Veteres verbis: quapropter prout ante biennium poteſt agi ex ſtipulatu; ita etiam ex literis, & utrinque non mutuum, ſed numeratio probanda eſt, ut ipſi patroni ſententiæ contrariæ vel concedere, vel petere principium debent; ita quidem, ut donec non dederint ſolidiorem diſparitatem, ſemper procedat paritas deſumpta ex *cit. §. 2. de except.* junct. *§. un. h.* At inquiunt, in hoc ipſo §pho habetur, quòd primùm, *dum quæri non poteſt*, adeóque poſt biennium CONDICTIO NASCATUR. Sed amabo! quis ignorat (certè non qui ita arguunt) his verbis indicari exercitium actionis, ſeu actionem efficacem, non ipſam

Digitized by Google

6 Huic quippe opponitur famoſiſſima Querela Non Numeratæ Pecuniæ, qua ille, qui chirographum emiſit, conqueritur, ſe pecuniam (intellige pecuniam ad mentem *l. 222. ff. de V. S.*) quam accepiſſe confeſſus eſt, non accepiſſe. Et ita, cùm ſcriptura, ſeu confeſſio hæc omni vi probandi (non item, ùt venditant, obligandi, *arg. l. 4. C. de N. N. P.*) deſtituta ſit, rejicit onus probandi in adverſarium, qui dicit, ſe pecuniam numerâſſe, *l. 3. C. de N. N. P.* Inde eſt, quòd dicatur privilegiata. Obtinet autem ſolummodò in certis caſibus, *& contractibus, in quibus pecuniæ, vel aliæ res numeratæ, vel datæ eſſe conſcribuntur* (Excipe depoſitum, quod ante actualem traditionem non tam facilè confitemur accepiſſe) *vid. d. l. 14. pr. & §. 1. de N. N. P.* In ſpecie obtinet, in MUTUO, Datione PIGNORIS, vel Conſtitutione HYPOTHECÆ, *l. 1. C. d. t. tot. tit. ſi pign. convent. numer. ſecut. non fuerint*, in DOTE, *l. 15. C. de N. N. P. l. 3. & ibi Auth. C. de dot. caut. non num.* & in APOCHA, ſeu QUIETANTIA, *d. l. 14. §. 2. C. eod.* At cur tantùm in his? Ob facilitatem, qua tum mutuatarius (idem proportionaliter de debitore quoad dationem pignoris) tum maritus, ille indigentiâ preſſus, iſte amore uxoris captus nimis promptè fateri ſo-

actionem quoad ſubſtantiam, ùt ipſi in aliis materiis doctiſſimè ſcribunt. Huc facit textus *in l. 9. §. 3. ff. de pignor. act. l. 13. §. 8. ff. de A. E. V. l. 46. §. 9. Verſ. Manere igitur. C. de Epiſc. & Cler.* Reponunt: hæc eſt locutio impropria, quæ tunc primùm pro remedio adhibenda, quando textus, vel ratio ineluctabilis illam expoſcit. Verùm, hæc locutio non videtur tam impropria, ùt imaginantur; loquitur enim Imperator de actione non abſolutè tali, & ùt eſt in bonis, ſed de actione cum reſpectu ad exceptionem opponendam. Exceptio autem non opponitur, niſi actioni in judicium deductæ, quæ eſt ipſiſſima actio, quoad exercitium, ſeu in judicium deducta. Et hæc efficaciter (ſaltem regulariter) primum poſt biennium propriè & pro ſubjecta materia naſci dicitur, non ipſa actio in ſe; ad quam explicationem tum textus, tum rationes pro noſtra ſententia adducti, tum etiam, quod omnes alii contractus (quibus literalis in *§ 1. de oblig. & in §. un. de oblig. quæ ex conſ.* annumeratur) poſita rei traditione, ſolemnibus verbis, aut conſenſu per ſe & natura ſua ſtatim obligent, eſto non rarò inefficaciter. Ad reliqua, quæ opponuntur, & interim, aut per inverſionem de ſtipulatione, aut ex petitione principii reſolvi poſſunt, reſpondebimus, ſi Superis placet, aliis curis. Hoc unicum adhuc addere placet, quòd tum *cit. §. 2.* tum integer titulus *de exceptionibus*, agat de exceptionibus juris, inter quas etiam numerat exceptionem non num. pec. quæ intra biennium opponitur chirographo, ùt manifeſtè patet ex ſæpè *alleg. §. 2.* aliàs quippe malè, utpote ad aliam prorſus exceptionem, nimitùm planè impropriam, & verbo-tenus tantùm talem ſe referret, quod eò minùs præſumendum, quò certius eſt, *etiam* hîc tam benè, quàm in *§. un. de lit. oblig.* ex profeſſo de exceptionibus agi; Hinc nomen exceptionis in ſenſu proprio prout agitur *in Inſt. ff & C. ad tit. de Except.* ſumendum; vix enim de exceptione facti habetur in jure veſtigium; imò illa vocatur præſcriptio in factum, ceu patet *l. pen. ff. de except. Vid. Hub. Inſt. d. t. n. 7.* Exceptio ſiquidem in ſuo ambitu, ſtando in jure ſcripto eſt EXCLU-

SIO

ſolent, accepiſſe ſe, quod nondum viderunt. Limita *ex d. l. 14. §. 1.* ſi confeſſio acceptæ dotis poſt dotale inſtrumentum emiſſa ſit, vel in mutuo, quod perficitur traditione brevis manûs, *arg. l. 5. C. eod.* Accedit etiam in mutuo nimia tenacitas fœneratorum, qui pecunias non facilè numerant, niſi accepta priùs cautione: in Dote ſæpè multa ad maritum alliciendum promittuntur, quæ iſte ad captandam ſponſæ, ſeu uxoris benevolentiam, & omnem diffidentiæ ſuſpicionem à ſe amovendam, ſe accepiſſe confitetur, pauciſſima verò eventu comprobantur.

Modus hanc exceptionem opponendi variat. Quandoque enim opponitur per modum *Actionis*, quatenus emittens chirographum ſpe futuræ numerationis, pecuniâ non numeratâ, poteſt vel Condictione causâ datâ, causâ non ſecutâ, vel Condictione ſine cauſa chirographum repetere, aut etiam, ſi datum ſit pignus, actione pignoratitia, *l. 11. §. 2. ff. de pign. act.* Non enim tenetur expectare, usquedum Actor, qui ſtudiô actionem usque ad tempus extinctæ querelæ differre poſſet, agat: Quandoque per modum *Exceptionis*, qua condictione, ex literis conventus, excipit, pecuniam ſibi non fuiſſe numeratam, *l. 7. C. de N. N. P.* Quandoque per modum *Replicationis*, quod contingit, ſi creditor faſſus ſit, ſe accepiſſe debitum, quod reverà non accepit; jam, ſi contra de- 7

Y 2 bi-

SIO ACTIONIS, ut patet ex *citt. titt.* Alterum eſt, quod præterire non poſſumus. Sæpiùs ab Adverſariis repetitum fuit, ſcripturam non eſſe modum introducendi obligationem ſicut ſolemnia verba, quod jure Romano propè (ſit verbo venia) falſum videtur. An ignorare poſſunt, ſcripturam olim formulâ munitam æquè, ac verbis formulâ conceptis fuiſſe inductam obligationem? Ignorantiam affectantes ablegantur ad JCtum Cajum in *frag. Lib. 2. tit. 9. §. 1.* ibi: *Aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, AUT LITERIS, aut conſenſu.* Literis ſolebant fieri delegationes & novationes, quæ priorem obligationem tollebant, & aliam inducebant, ut explicat idem JC. *ibid. §. 13.* Idem innuit antiquiſſimus iſte JC. in *l. 2. §. 1. ff. de O. & A.* ubi ideò conſenſu obligationem induci, ait, *quia neque VERBORUM, neque SCRIPTURÆ* (en quod pariſicet.) ulla proprietas deſideratur. Ex quibus utique colligitur, adfuiſſe negotia per ſcripturam obligationem inducentia. Eò etiam colliminant verba Pauli in *l. 38. ff. d. t.* ubi explanatur, oratione literarum, id eſt, debita formula literis expreſſa, obligationem naſci, *quatenus placuit non minùs valere, quod ſcriptura quàm quod vocibus lingua figuratis ſignificaretur.* Imò EX LITERIS poſſe quem conveniri reſpondet Scævola in *l. 62. pr. ff. mand.* Nónne ipſe Imperator id ipſum teſtatur in *§. un. h. t.* OLIM SCRIPTURA fiebat obligatio. Deinde pergit, quod eſto nomina ſeu modus ille non ampliùs ſit in uſu; nihilominus ſi ſcripſerit, quis ſe debere, quod numeratum non eſt, ex literis poſſe conveniri: conſequenter etiam ex literis tam olim, quàm hodie (licet modo diverſo) oritur obligatio: & ſicut ſtipulatio erat contractus acceſſorius, ita & literalis, ſæpè tamen per exceptionem uterque elidibilis *§. 2. de except. l. 2. §. 3. ff. eod.* ut optimè advertit vir de Jurisprudentia noſtra meritiſſimus æquè, ac eruditiſſimus Juſtus Henning. Böhm. *de Action. Sect. 1. cap. 3. §. 27. Lit. D.*

bitorem agat, ut ſolvat, debitor autem excipiendo opponat Apocham, ſeu Quietantiam, replicabit Actor, ſe non accepiſſe, quod nimis maturè, ſpe ſolutionis faciendæ, confeſſus eſt, *d.l. 14. §. 1. d.t.* Quandoque etiam demum per modum *proteſtationis*, ſcriptis factæ, vel ſimplicis *denunciationis*, vid. *d.l. 14. §. 4. C. de N.N.P.* Tempus hujus querelæ privilegiatæ pariter non ſemper eſt idem, quippe in cauſa mutui, aliiſque ſimilibus durat biennio, ſæpè *cit. l. 14. pr. de N.N.P. & §. un. h.* In cauſa Dotis, ubi, eſto regulariter etiam biennio de ſe eſſet circumſcripta, *d. l. 14. C. d. t.* per diſtinctiones nihilominus procedendum, & videndum, num matrimonium intra-vel poſt biennium ſolvatur; ſi intra biennium? matrimoniô ſolutô, integrô adhuc annô durat. Hinc quandoque minus, quandoque plus bienniô habet, ſi matrimonium poſt aliquot menſes, puta tres, vel quatuor ſolutum fuerit, hic durabit per annum, & tres vel quatuor menſes, econtra pone, matrimonium duràſſe per annum, & undecim menſes, hic querela in totum durabit per duos annos, & undecim menſes, uti computanti facilè patebit. Si poſt biennium, ſed tamen infra decennium matrimonium fuerit ſolutum, tunc, præter tempus durantis matrimonii, à tempore ſoluti matrimonii adhuc ad tres menſes extenditur; quòd ſi matrimonium poſt decennium ſolvatur, querela hæc planè eſt extincta, niſi maritum minorennis ætas excuſet, quo caſu usque ad annum duodecimum à matrimonio contracto continuatur, *vid. nov. 100. c. 1. & 2.* Si opponatur Apochæ, ſeu Quietantiæ, non ultra triginta dies extenditur, *d.l. 14. §. 2. in fin. C. de N.N.P.* Si igitur his caſibus querela intra debitum tempus opponatur, rejicit, uti dictum, onus probandi in creditorem, tempore verò elapſo, volens uti hac querelâ (privilegiatâ) *nullo modo* eſt audiendus, *d.l. 14. pr. C. d. t.* ſed *omni modo* ad ſolvendum compellendus eſt, etſi ſit pupillus, *l. 8. C. eod.* MINIME enim ultra biennium extendenda, *d. §. un. h.*

8 Num verò ſit audiendus, ſi velit, elapſo tempore, onus probandi in ſe ſuſcipere? Utraque ſententia ſuos habet non levis authoritatis patronos. Negativæ poſt alios adſtipulatur *Vinn. h.n. 9. Hub. ibid. n. 1. verſ. Ceterùm. Someting. d.l.n. 10.* Affirmativæ, quæ & noſtra eſt, palmam defert *Schambogen ad h. tit. D.D.* Franz *p. m. d. t. n. 23.* Probatur unica, licèt communi, efficaciſſima tamen, ratione deſumpta ex *l. 13. C. de N. N. P.* ubi generaliter ſancitur, quòd quisque ſuis confeſſionibus acquieſcere debeat, NB. *niſi per apertiſſima rerum argumenta* (ambages quippe, vel probationes extraordinarias, puta juramentum, nec nos admittimus) *ſcriptis inſerta* (per quod tamen non excluduntur aliæ probationes evidentes) *de contrario religionem Judicis poſſit inſtruere.* Dices, hoc eſſe intelli-

li-

Digitized by Google

ligendum in aliis cauſis, ubi non competit querela privilegiata, qua intra certum tempus poteſt rejici onus probandi in Adverſarium, non autem de iis, in quibus hæc querela competit: in his enim debet ſibi chirographum emittens imputare, quòd ſuo privilegio non fuerit uſus: Sed nunquam perſuadebis, voluiſſe Impp. dum in certis cauſis ob ſpecialem rationem privilegium hoc indulsêre, privilegiatum, contra vulgatum illud in *c. 61. de R. J. in 6. Quod eſt in favorem alicujus, non debet in illius odium converti*, privare jure omnibus communi, quod, privilegiô non conceſsô, habuiſſet. Nec enim per biennium poteſt plus amittere, quàm quod per biennium acquiſivit. Sanè ex eo, quòd minorennibus ſit conceſſum privilegium reſtitutionis in integrum, intra quadriennium, nemo tamen dicet, quòd, ſi quadriennium ſit elapſum, non poſſit (ſuppoſitis terminis habilibus, puta, quòd fuerit in venditione læſus ultra dimidium) uti jure communi & recurrere ad *l. 2. de reſcind. vend.* ſicut igitur per hoc, quòd minor acquiſiverit reſtitutionem ſpecialem ex capite ætatis, non amiſit beneficium reſtitutionis omnium commune; ita etiam ex eo, quòd debitor acquiſiverit privilegium ſpeciale intra biennium, non hoc ipſo amittit beneficium generale omnibus hominibus commune, quòd autem non fuerit uſus ſuô privilegiô, ex eo ſatis punitur, quòd debeat ſolvere, niſi apertiſſimè probaverit, ſe non accepiſſe, quæ probatio difficillima eſt. Replicabis, ex hac ſententia ſequi, hunc contractum nullum habere effectum, cùm intra biennium elidatur per querelam privilegiatam, poſt biennium verò per non privilegiatam, ſeu communem, & hoc modo lapſus biennii, ait *Hub. d. l.* nihil aliud efficeret, quàm onus probandi à debitore in creditorem (potiùs vice verſa) transferret. *Vinn. ibid. num. 9.* Reponimus, effectum luculentum in eo conſiſtere, quòd tum intra-tum poſt biennium obligationem efficacem (a) (miraberis!) producat: Intra biennium: ſuppoſito, quòd non opponatur querela privilegiata, ſed fortè reus dicat, ſe non habere, quô ſolvat; tunc enim Judex condemnare tenetur, *arg. l. 3. & 4. C. de N. N. P.* Poſt biennium, ſi opponatur quidem, ſed per apertiſſima argumenta probari non poſſit; conſequenter vanè metuit Hub. lapſum biennii TANTUM transferre onus probandi ab uno ad alium: Non enim hæc vis biennio, ſed

(a) Jocamur utique (ais) dum actionem per exceptionem elidibilem EFFICACEM vocamus, cùm hoc ipſo non poſſit dici efficax. Hunc jocum improbra ipſi Imperatori, vel ejus compilatori Triboniano: Ludunt hunc jocum *in §. 1. & 3. Inſt. de except.* Hinc cave, ne craſſæ ignorantiæ te inſimulent, & ludum perdas. Condictio ex literis (ita te docebunt) de ſe eſt efficax, ſicut actio ex contractu metu inito, & ſolùm per accidens exceptione elidibilis, conſequenter, ſi non opponatur, Judex jure condemnat.

ſed ſcripturæ, ſeu legi adſcribenda. (a) Incaſſum etiam applicabis ad hunc caſum *LL. ſuprà citt.* quia omnes (ſi benè perpendis) loquuntur de illa querela, quâ onus probandi in adverſarium rejicitur. Hac enim, ſi, tempore elapſo, debitor chirographarius uti velit, nullatenus eſt audiendus. (b) Cæterùm, qui ſolidè, & pluribus (licèt in multis aliter) de hoc contractu erudiri cupit, adeat *Clariſſ. D. D. Coll. Schloſgangl de Edlenbach* in noviſſima Diſſertatione de Literarum Obligationibus.

TI-

(a) Miratur nonnemo hanc reſponſionem, quam ſequenti, & (ùt ſibi imaginatur) ineluctabili diſcurſu perſtringere allaborat. Ponamus, inquit, non fuiſſe inductum hunc contractum, ac in judicio ab actore, producto in probationem rei chirographo, ſolutionem v.g. mutui exigi. Nónne hic, ſi reus non excipiat, ſibi nihil fuiſſe numeratum, ſed tantùm defectum mediorum obtendat, à judice æquè condemnabitur? Haud dubiè etiam hic condemnabitur, ſed non ex contractu chirographario, ſed ex mutuo, in quo alter (utpote juxta hypotheſin contractu literali deficiente, ſe immediatè fundâſſe, neceſſariò ſupponendum eſt. Nos econtra verſamur modò in ſpecie, ubi actor ſuam intentionem (additâ causâ debiti, quod etiam in ſtipulatione tam ante, quàm poſt biennium fieri oportet) in contractu literali poſuit: Et hic debebit judex in puncto condictionis chirographariæ, ut ſententia ſit conformis libello, nolens volens pronunciare. Profectò aut vehementiſſimè fallimur, aut feliciter eluctati ſumus! Nec expaveſcimus, ſi roges: quænam ergo utilitas ſive Actor condictione ex mutuo, ſive ex literis victoriam reportet, cùm utraque ſit ſtricti juris? Ea ipſa, reponimus, quæ ſubeſt, ſive condictione ex mutuo, ſive (interpoſita fortè ex intervallo ſtipulatione) actione ex ſtipulatu experiatur. Urget Author: Malè dicitur actio efficax, ſi reus præcisè ideo condemnatur, quia non oppoſuit ſuam exceptionem; hoc enim, inquit, tantùm eſt per accidens, quòd non opponatur exceptio; alloquin contra omnium ſententiam omnis actio foret efficax. Ita eſt, omnis actio de ſe & ex natura ſua eſt efficax, conſequenter illi accidentale & contrarium eſt, quod quandoque per exceptionem ſit elidibilis. Neque hoc contra omnium ſententiam eſſe poteſt. Audiamus Imperatoriam deciſionem in *pr. & §. 1. Inſt. de except.* *Sæpè enim accidit* (inquit Cæſar noſter) *ut licèt ipſa perſecutio, qua actor experitur, juſta ſit,* (ſcilicet de ſe utpote ex contractu valido) *tamen iniqua ſit adverſum eum, cum quo agitur. v.g.* (ita pergit *in §. 1.*) *ſi metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapſus ſtipulanti Titio promiſiſti, quod non debueras promittere, palam eſt jure civili te obligatum eſſe: Et actio, qua intenditur, dare oporteret* EFFICAX EST: (id eſt per ſe & ſua natura, nec enim aliter intelligi poteſt) *ſed iniquum eſt, te condemnari* (& hoc per accidens propter dolum, metum, aut errorem extrinſecè advenientem) *ideóque datur tibi exceptio, quod metûs cauſa, aut doli, aut in factum compoſita ad impugnandam actionem.* Quid ulteriùs ſupereſt? aut quis ignorat, has actiones dici quidem inefficaces; at ſanè non de ſe & ſua natura, ùt ſatis indicant *citt. tt.* ſed tantùm per accidens?

(b) Quod breviter ulteriùs firmamus. Textus loquuntur in terminis tantùm de querela biennali, adeóque de illa, quæ rejicit onus probandi in adverſarium, hæc autem eſt illa, quæ privilegiata dicitur. Aſſertum patet tum *ex §. un. h. in fin.* ibi: *Per conſi-*

mu-

Digitized by Google

TITULUS XXIII.

De Obligationibus ex Conſenſu.

QUartus demum obligationis contrahendæ modus eſt CONSENSUS, quod non eo ſenſu capias, ac ſi alii contractus conſenſum non deſiderarent, hic quippe ad omnes contractus ſummè neceſſarius eſt, ſed quatenus quidam dantur contractus, qui ad ſui valorem (secùs ad implementum) præter conſenſum nihil deſiderant. Porrò ad ſubſtantiam contractuum *Realium* præter conſenſum opus eſt traditione rei ſeu facto: *Verbalium*, ſolemnibus verbis: *Literalis*, ſeu *Chirographarii* ſcriptura. Contractus autem conſenſuales (quorum in textu numerantur quatuor, Emptio-Venditio, Locatio-Conductio, Societas, Mandatum. Addi poſſunt Emphyteuſis, & Contractus Feudalis, &, ſi ita viſum fuerit, Sponſalia, & Matrimonium) præter conſenſum nihil requirunt, *§. un. h.* De duobus ultimis egimus in *lib. 1. tit. 10.* Tertius non eſt noſtræ inquiſitionis, dicemus igitur magis neceſſaria de quinque prioribus. Horum primum dabit

TITULUS XXIV.

De Emptione-Venditione.

Cùm materia ſatis ſit ampla, dividemus in duos §§. Sit ergo

§. I.

Quid, & quotuplex ſit Emptio-Venditio, quidnam ejus Cauſa Efficiens, & Objectum?

EMptio-Venditio, quæ olim ſuo ambitu (vid. tamen deſuper *Vinn. ad §. mox citand.*) etiam permutationem comprehendere videbatur, *§. 2. h. t.* definitur, *quòd ſit contractus conſenſualis de re pro certo pretio tradenda.* Eſt contractus *Nominatus*, eſto enim poſſit prædicari de emptione-venditione ſcripta, aliiſque ſpeciebus, in quas, ex mox dicendis di- 1

vi-

tutionem noſtram (eſt *l. 14. pr. C. de N.N.P.*) *tempus coarctatum eſt, ut ultra biennii metas HUJUSMODI EXCEPTIO minimè extendatur*, tum ex *l. 10. C. d. t.* ubi adſeveratio, debitum eſſe ſolutum, ideo temporis diuturnitate non excluditur, quia aſſeverans debet probare, conſequenter, qui vult probare, ſemper eſt audiendus; hinc etiam eſt, quod poſtquam in *d. l. 10. 11. 12.* variæ cauſæ fuerunt recenſitæ, generaliter in *l. 13. C. d. t.* concluditur, ut qui vult apertiſſimè probare, ſit audiendus.

Digitized by Google

viditur, dicitur nihilominus habere nomen, quia iſtæ ſpecies tantùm accidentaliter, & dependenter à conſenſu partium, quibus quandoque hoc, quandoque alio modo contractum inire placet, differunt. *Bilateralis*, & ideo *Bonæ Fidei.*

Alia eſt *Publica*, quæ celebratur authoritate publica, ùt, ſi bona ſub haſta plùs licitanti vendantur. Alia *Privata*, quæ authoritate privata celebratur. Alia *Scripta*, quæ ex ſpeciali conventione contrahentium ad ſcripturam ita reſtricta eſt, ut ante ſcripturam confectam non ſit perfecta: *Non ſcripta*, quæ ad ſcripturam non ita reſtricta, ſed poſito conſenſu ſtatim perfecta eſt. Non tamen exiſtimes, quamlibet mentionem ſcripturæ facere emptionem ſcriptam, cùm ſcriptura regulariter tantùm requiratur probationis, non perficiendi contractûs gratiâ. Ita Cajus in *l. 4. ff. de pignorib.* qui textus iisdem ferè verbis repetitur in *l. 4. ff. de fid. inſtr.* unde id, in quo variant, erit haud dubiè interpollatio Tribonianica; opus igitur eſt, ut partes conſenſum expreſsè ad ſcripturam, ne aliter valeat, reſtrinxerint, *arg. l. 17. C. de fid. inſtr.* Intereſt autem ſcire, num ſit emptio-venditio ſcripta, vel non ſcripta; in illa enim non tantùm ante ſcripturam perfectam periculum manet penes venditorem, *arg. l. 8. ff. de per. & com. rei vend.* ſed etiam, licet utrique parti, etiam alterâ invitâ, pœnitere, *niſi Arrharum nomine aliquid datum fuerit. Hoc enim ſubſecuto, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis venditio eſt: is, qui recuſat adimplere contractum, ſiquidem eſt emptor, perdit, quod dedit. ſi verò venditor, duplum reſtituere compellitur, licèt ſuper Arrhis nihil expreſſum eſt.* Sunt verba Triboniani in *pr. Inſt. h.* Quòd autem liceat cum Arrharum diſpendio recedere, hoc capimus de emptione-venditione, quamdiu eſt adhuc imperfecta; nam aliàs pœnam non ad minuendam, ſed obligationem magis firmandam, atque probandam apponi, docet nos Cajus in *l. 35. pr. ff. de contr. empt. vend.* ſeu *h. t.* uti agitur pœnâ ſeu arrhâ non adjectâ non licet recedere, *l. 3. de reſcind. vend.* ita etiam illâ adjectâ minùs licebit recedere, ùt ſolidè deducit *Vinn. ad pr. Inſt. h. n. 9. 12. & 13.*

Alia eſt emptio venditio *Generis*, quando una ex pluribus rebus, v. g. unus ex pluribus equis, quos habet venditor, diſtrahitur. Alia *Speciei*, ſeu, ùt ajunt Philoſophi, Individui, quando res certa, pone, Bucephalus venditur. Differunt rurſus, quòd in illa maneat ante traditionem periculum penès venditorem, cùm genus perire non poſſit, *arg. d. l. 35. §. 7. ff. h. t.* Non item in hac, ex infra dicendis. Alia demum eſt, quæ fit ad *Corpus*, ſeu per averſionem überhaubt, oder per Bauſch. Alia ad *Quantitatem.* Illa contingit, quando plures res (ſive individua, ſive ſpecies, ſive genera) per modum unius venduntur. Iſta, quando plu-

Digitized by Google

plures res cum ordine ad quantitatem, numerum, pondus, aut menſuram venditantur. Verùm, quando cenſetur ad corpus, quando ad quantitatem fieri? Præ cæteris, quarum diverſæ ſunt, arridet explicatio D. Gletle, quam elegit *part. 3. Pand. c. 18. n. 15.* Ad corpus fieri cenſetur, ſi tota res unico vendatur pretio, v. g. ſi dicam: *vendo tibi hoc dolium vini, in quo centum amphoræ continentur pro ducentis florenis.* Ad *quantitatem*, ſi pro qualibet parte quantitativa certum pretium expreſſum ſit, v. g. *vendo tibi hoc dolium vini, quamlibet amphoram pro duobus florenis.* Textus ſat luculentus extat in *d. l. 35. §. 5. & 6. ff. h. t.* Venditio ad corpus ſtatim, ac de pretio fuit conventum, perfecta eſt, idcirco periculum in emptorem tranſit, ita tamen, ut tantum ſolvatur, quantum reverà invenitur, nullo habito reſpectu ad id, quod expreſſum fuit, *l. 40. §. 2. ff. h. t.* (a) Ad quantitatem econtrà habet annexam conditionem: ſi admenſa, ponderata, vel numerata fuerit, *d. l. 35. §. 5. ff. eod.* hinc periculum rei, antequam menſuretur &c. venditoris eſt, *l. 1. §. 1. l. 4. §. 1. de per. & com.* Sanè, etſi quandoque quantitas demonſtrationis tantùm gratiâ, ut emptor moveatur ad emendum tanto pretio, adjiciatur, in dubio tamen præſumitur adjecta potiùs taxationis causâ, quia quantitas ex natura ſua (dantur etenim modi faciliores rei deſignandæ, nimirum locus, rei qualitas) rem quantitativè, non qualitativè determinat. Refert autem multùm, utrùm quantitas demonſtrationis, vel taxationis causâ appoſita ſit, ſiquidem priori caſu intentio contrahentium non cenſetur eſſe alligata ad quantitatem (additur enim plerumque circa circiter ungefehr, beyläufig) conſequenter ſive plus, ſive minus inveniatur, pretium manet idem, *laud. Gletle d. l. n. 20.* In altero verò caſu, licèt, ſi plus inveniatur, quàm expreſſum eſt (niſi exceſſus eſſet planè notabilis) pretium non augeatur, *l. 42. ff. de A. E. V.* minuitur tamen, ſi minus, quàm dictum fuit, adſit, *l. 2. l. 4. §. 1. ff. d. t.* ſibi enim imputet venditor, quòd non ſciat, quantum in bonis habeat, quantúmve hæc vel illa res in ſe contineat. Attenditur autem regulariter, niſi aliter ſit conventum, menſura loci, ubi contractus eſt initus, *arg. l. 34. ff. de R. J. l. 71. ff. h. Cocc. ibid. quæſt. 9.*

Cauſa effectiva Remota eſt jus gentium; ſiquidem olim non aliud erat merces, aliud pretium, ſed permutationibus neceſſaria comparabantur, & ſuperflua diſtrahebantur. At, cùm nec ego ſemper haberem, quod alter deſiderabat, nec alter viciſſim, inventa fuit materia (pecunia nempe) quæ omnibus ad omnia comparanda, adeóque, ut menſura 2

 om-

(a) Meliùs citatur *l. 2. l. 4. §. un. ff. de A. E. V. & l. 69. §. fin. ff. de eviction.* ſi quidem textus in *d. l. 40. §. 2.* tractat de venditione ad quantitatem.

Digitized by Google

omnium rerum, deſerviret, vid. ejus deſcriptio apud Paulum in *l. 1. pr. ff. b. t.* Proxima ſunt contrahentes, qui nimirum aliàs contrahere, & contrahendo obligari, nec ſpecialiter ſunt prohibiti. Sunt autem ſpecialiter prohibiti emptionibus-venditionibus quæſtuariis, ſeu negotiationibus (emere enim neceſſaria, ac vendere ſuperflua nemini vetitum eſt) ſe immiſcere (I.) Clerici, multóque magìs Religioſi, *c. pen. & ult. de vit. & honeſt. Cler. c. 1. & 6. ne Cler. vel Monach. ſecul. neg. ſe immiſ.* Rectores, & Præſides Provinciarum, qui in Provincia, in qua officium gerunt, prædia comparare non poſſunt, juxta Modeſtinum in *l. 62. pr. ff. b. t.* Quò reducuntur omnes adminiſtratores, quibus non licet de bonis, quæ illorum adminiſtrationi ſubſunt, aliquid emere, & ſi contrà fecerint, non tantùm rem amittunt, ſed etiam ſecundùm conſtitutionem D. Severi, & Antonini relatam in *l. 46. ff. d. t.* in quadruplum conveniuntur. (II.) Illuſtres & Natalium, vel honorum luce Conſpicui, quibus pariter mercatura interdicta legitur apud Honor. & Theod. in *l. 3. C. de commerc. & mercat.* His prohibitionibus tamen praxis contraria multum derogavit, utì experientiâ quotidianâ paſſim docemur. Cæterùm, utì cuilibet liberum eſt vendere ſuperflua, & emere neceſſaria, ita ad emendum-vendendum nemo regulariter cogi poteſt, *l. 11. 13. & 14. C. b. t.* Dixi regulariter: Hinc limita (I.) Si emergat cauſa neceſſitatis publicæ, ubi poſſunt ſubditi cogi, ut ſuperflua, puta, ad victum neceſſaria, juſto pretio diſtrahant, *l. 1. C. ut nemini lic. in empt. ſpecier. ſe excuſare.* Ex eadem cauſa poſſunt ſubditi adigi, ut ingruente famis, aut obſidionis periculo neceſſaria præveniendo coëmant, *arg. cit. l. 1.* Limita (II.) Si ſubſit caſus publicæ Utilitatis, vel Pietatis fortè conſtruendi fortalitii, Monaſterii, ſeu Eccleſiæ, ubi privati ad vendendos fundos compelli poſſunt, *arg. l. 11. ff. de evict.* ubi habetur caſus, quòd Lucius Titius pretium prædiorum, quæ in Germania trans Rhenum emerat, ſolvere debuerit, licèt illa prædia ex præcepto principali (Principis) partim diſtracta, partim veteranis in præmia aſſignata fuerint; jungatur *l. 12. pr. l. 42. in fin. ff. de Relig. & ſumpt. fun.* Alius notabilis caſus habetur in *l. 34. §. 2. C. de donat.* Plures videri poſſunt apud *Cocc. b. t. quæſt. 3.* Huc reduci poteſt jus Stapulæ, quô gaudent quædam civitates, vi cujus tenentur mercatores fortè tranſeuntes merces ſuas venales ad certos dies exponere, vulgò freye Niderlag, Stapel-Gerechtigkeit. Jus hoc nonnulli malè confundunt cum jure Emporii, vi cujus non licet, niſi civibus vendere, & à civibus emere; cùm econtrà in jure Stapulæ omnibus etiam extraneis poſſint vendi, & ab extraneis emi, ùt declarat *Stryck. V. M. P. b. t. §. 5.* Sed de hoc Publiciſtæ. Quid, ſi quis ſine mandato alieno nomine emat?

Nec

Digitized by Google

Nec ſibi, nec ei, cujus nomine emit, actionem acquirit; dominus tamen rei ille fiet, cui ex his res eſt tradita, *l. 6. in fin. C. ſi quis alt. quam ſibi &c.* Si tamen in inſtrumento emptionis nomen alienum inſeri curaverit, probare tamen poſſet nomine proprio ſe emiſſe, actionem habebit, *l. 3. 4. 5. & 6. C. d. t. juncta l. 64. ff. b. t.* Quid, ſi emat nomine alterius, qui hìc & nunc, ùt ſæpè contingit, non vult innoteſcere, ideo ſe poſtea nominaturum dicit, ùt refertur caſus in *l. 5. §. 4. ff. de auth. tut.?* Venditor videbitur fidem emptoris, non perſonæ ignotæ ſecutus. *Voët. ff. b. n. 8.*

Objectum ex una parte eſt Merx, ex altera Pretium. Mercium 3
nomine veniunt res omnes, quæ aliàs in obligationem deduci poſſunt, de quibus revideantur dicta ad *tit. de oblig. n. 6.* ubi non tantùm res præſentes, ſed & futuras venire poſſe, diximus, dummodo ſperari queant, ùt fructus naſcituri, jactus retis &c. (a) Eſt nihilominus diſtinguendum inter ſpem præſentem, cujus eventus ſtatim haberi poteſt (Aliter explicatur in *Theſ. Jur. b. n. 34.*) ùt in jactu retis: (b) Et futuram, cujus eventus longiùs differtur, ùt, ſi vendantur fructus naſcituri. In poſteriori periculum eſt venditoris, ita, ut tantum ſolvatur, quantum naſcitur, *l. 8. pr. ff. d. t.* In priori venditione periculum emptoris eſt, ita, ut, ſive aliquid capiat, ſive non, debeat integrum pretium ſolvere, *d. l. 8. §. 1. ff. d. t.* Quid, ſi cum piſcibus, vel eorum locò extraheretur menſa aurea? (Nec enim erant Romanorum luxibus inſolitæ, *vid. l. 28. ff. de aur. arg. leg. l. 8. §. 1. ff. de ſuppell. legat. l. 41. §. ult. ff. b. t.*) Fuit, ùt refert

(a) Dictis ibid. addimus, non poſſe vendi VENENA MALA niſi mixturâ medicâ evadant ſalubria. *l. 35. §. 2. ff. b. t.* quod praxis (ſaltem ne promiſcuè vendantur) omnino, & meritò obſervat. RES LITIGIOSÆ *tot. tit. ff. & C. de litig.* niſi ſit alienatio neceſſaria. *l. ult. & auth. nunc ſi hæres C. d. t.* PURPURA privatis *l. 1. C. quæ res vend. non poſſ.* ARMA Turcis, vel aliis hoſtibus, & ſic DE ALIIS REBUS vid. *l. 11. ff. de publican. tot. tit. C. quæ res export. non deb.* FRUMENTUM IN ARISTIS. *Ordin. Polit. de An. 1577. tit. 19.* Variæ aliæ prohibitiones addiſcentur in praxi.

(b) Carpit rurſus nonnemo hanc explicationem, cùm utique, inquit, & vendi poſſint, ac ſoleant jam anticipatò capturæ piſcium, quæ certis tantùm temporibus inſtituuntur, ut eatenus non ſit differentia à fructibus certo tempore colligendis. Ita eſt: nec nos in hac ſpecie aliter ſentimus. Sed tunc tam parum eſt emptio ſpei, quàm parum talis eſt, ſi emantur fructus naſcituri; utroque enim caſu eſt emptio rei ſperatæ, niſi præcisè ipſa ſpes immediatè ſit empta, quod etiam in fructibus, ſeu fœtu pecudum fieri poſſe, Amicus non negat. Cæterùm ſicut fructus certo tempore ſperantur, & ideo eſt emptio rei ſperatæ, ita & piſces, quia certis temporibus, quippe ſi piſcina aqua evacuetur, wann man den Fiſch-Weyher, oder Teich ablaſſt, æquè prudenter ſperantur, adeóque malè dicitur emptor ſpei. Quòd ſi jactus piſcium ſimpliciter differatur, manet emptio ſpei, cùm iſta dilatio tantùm ſe habeat per accidens; poſſet enim,

Pagenſt. in *Theſ. Jur. d. l. n. 41.* olim hæc controverſia inter piſcatores Mileſios, & Juvenes Jonicos agitata. Nos primò occupanti adjudicamus tanquam rem nullius, quia in dubio (niſi terminis prorſus generalibus, & ampliativis venditio fuerit concepta) tantùm jactus piſcium cenſetur venditus. Quid, ſi res extiterit, ſed eſſe deſiit in rerum natura? Hanc quæſtionem exemplô de domo combuſta per varias diſtinctiones reſolvit in *l. 57. ff. h. t.* Et videndum, ait, num uterque contrahentium ignoraverit, vel ſciverit, ſi prius venditio valet, niſi tota, vel major pars domûs combuſta ſit, ita tamen, ut arbitrio boni viri remitti debeat de pretio, *d. l. 57. pr.* Si poſterius, nihil actum eſſe, ait, ſive tota domus, ſive tantùm pars combuſta ſit, *d. l. §. fin.* dolus enim dolo compenſatur, nec judicium, quod ex bona fide deſcendit, dolum admittit. Quid autem, ſi tantùm unus contrahentium domum combuſtam ſcivit? Sciens tenetur ſtare contractui, & venditor quidem ad intereſſe præſtandum, emptor ad pretium ſolvendum, quantacunque pars domûs ſuperſit, *d. l. §. 1. & 2.* Domò autem planè combuſtâ, contractus eſt nullus, quia deficit merx. Quid, ſi res exiſtat, ſed ſit extra hominum commercium, v. g. liber homo, res ſacra? Si uterque contrahentium ignoravit, vel ſaltem emptor, ſubſiſtit venditio, non item, ſi emptor (multò minùs, ſi uterque) ſcivit, *l. 70. ff. eod.* Non obloquitur Modeſtinus in *l. 62. §. 1. ff. h.* ubi, ſi emptor rem ſacram neſciens emerit, venditio nulla pronunciatur. Nam imprimis textus ſeipſum explicat, ſaltem valere quoad intereſſe, *§. fin. h.* Deinde textus intelligi poteſt de caſu, quo venditor ſcivit, vel ſaltem ſupinè ignoravit. *Titius in Theſ. Jur. h. t. num. 53.* Idem dicendum, ſi res ſit furtiva, ubi tamen, ſi ſciens emptor pretium ſolverit, non poteſt repetere, *vid. l. 34. §. 3. h.* Aliter dicendum de re ſimpliciter alie-

ut ſupponitur, ſtatim jactum ponere; & hinc ſtudio diximus: CUJUS EVENTUS STATIM HABERI POTEST. Quid, ais, ſi ematur præciſè ſpes fructuum naſciturorum, vel fœtûs pecudum, an hic eventus poterit ſtatim haberi? Eſt venditio ſpei irregularis, quæ raro contingit; nobis eſt ſermo de emptione ſpei, quæ regulariter & ordinariè contrahi ſolet. Porrò ſicut explicatio Ludov. *in Theſ. Jur. loc. cit.* quam Author ſequitur, nobis non eſt ignota; nec etiam caret difficultate, ut ibid. videre eſt; ita modò alia præplacet. Cum tam in emptione fructuum &c. quàm piſcium, poſſit emi vel ipſa ſpes, vel res ſperata, erit ex ipſis contrahentium verbis deſumendum, an fructus ipſos in ſpe, an vero ipſam ſpem emerit; quod tunc fieri intelligitur, ſi periculum & commodum in ſe ſuſcipiat. Et hæc explicatio textui *in cit. l. 8. pr. & §. 1. ff. h. t.* eſt proximior; ſiquidem ſpes obtinet locum mercis; & ideo ſicut de merce, ita de ſpe conſtare debet, cum nemo in dubio præſumatur ſe committere aleæ, niſi hoc exprimat, ſive dein ſit res, quæ ordinem & certitudinem quamdam naturalem habet, ſive alia, quæ magis à caſu dependet, ſemper enim præſumitur velle emptorem habere rem pretium adæquantem.

Digitized by Google

aliena, adeóque non vitioſa, cujus venditio, probabiliùs, ſemper valet, *arg. l. 28. ff. h. t. Rem alienam*, inquit Ulpianus, *diſtrahere quem poſſe, nulla dubitatio eſt, nam emptio eſt & venditio.* Rationem dat idem JC. in *l. 25. ff. eod.* quia, *qui vendidit, neceſſe non habet, fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum ſtipulanti ſpopondit. Hub. b. n. 10. verſ. Res quoque alienæ.* Neque obſtat, quòd pretium debeat eſſe proprium; nam pretium conſiſtit in re fungibili, in qua, niſi transferatur dominium, nihil transferretur, cùm uſus in ejusmodi rebus, ſaltem quoad nos, ſit indiſtinctus à dominio, *vid. l. 11. §. 2. ff. de A E. V.* Econtra in merce, quæ non ſemper eſt res fungibilis, poteſt transferri uſus, quin transferatur dominium, adeóque emptor jam aliquid habet. Accedit, quòd venditor ſit debitor certæ rei, quam tradendo ſe liberat, emptor verò eſt debitor generis, adeóque, ſi alienos nummos dedit, poteſt alios dare, qui idem præſtant. *Vinn. ad pr. b. n. 2.*

Interrogas, num etiam nomina, ſeu actiones poſſint vendi? Ratio dubitandi eſt, quia, ſi perſonales ſint, inhærent oſſibus perſonæ, nec inde nuda ceſſione avelli poſſunt: ſi reales, fundantur in jure in re, quod ſine rei traditione acquiri nequit, *l. 20. C. de pact. l. 8. C. de her. vel act. vend.* valere tamen ejusmodi venditiones, dubitare non ſinunt, *integ. titt. ff. & C. de her. vel act. vend.* Quamvis enim, ùt benè probat allata dubitandi ratio, actiones directæ in emptorem non transeant, transeunt tamen, ex ſpeciali legis beneficio, utiles, *l. 16. pr. ff. de pact. l. 2. C. de O. & A.* Adeóque, ſi emptor actione directa velit experiri, mandatum à venditore, per quod dein, ùt ſuo loco videbimus, ſit procurator in rem ſuam, habeat, oportet. Multum autem intereſt, num actione directa, vel utili: in illa agit nomine creditoris principalis, ſeu venditoris, licèt in proprium commodum, in hac nomine proprio: in illa gaudet omnibus prærogativis, quibus venditor, non item in hac: in illa Reus conventus debet reſpondere, in hac verò non, quia reus cum emptore non contraxit, & acta inter emptorem, & venditorem debitorem non tangunt, juxta illud: acta inter alios aliis non præjudicant. Quæ, an hodie procedant, vid. *Theſ. Jur. ff. de her. vel act. vend. n. 80. & 92.* Tenetur itaque venditor emptori actionem cedere, die Schuld übergeben, *l. 23. ff. de her. vel act. vend.* ita, ut per mandatum fiat procurator, per ceſſionem, ſeu titulum emptionis, fiat procurator in rem propriam, *l. 34. ff. de procurat. l. 4. & 6. C. de her. vel act. vend.* Dominus autem actionis propriè ſit primùm per litis conteſtationem, *l. 22. & 23. C. de procurat.* Et exinde ſequitur, quòd cedens ante litem à ceſſionario conteſtatam validè contrà debitorem ceſſum agat, *d. l. 23. §. un. ff. de her. vel act. vend. l. 3. C. de novat.* 4

Digitized by Google

vat. l. 3. C. mand. D. D. Franzk. n. 32. ſi tamen concurrant, præferendum eſſe ceſſionarium, ſtatuit Paulus in *l. 55. ff. de procurat.* Dixi: *Actionem cedere*, intellige veram, non bonam, *l. 4. ff. de hær. vel act. vend. Theſ. Jur. d. t. n. 82.* Id eſt, venditor præſtare debet verum debitorem, qui reverà debet, non item bonum, qui ſcilicet ſit ſolvendo, niſi expreſsè nomen bonum vendiderit. *Ludov. in Theſ. Jur. ubi ſup. n. 82.* ſibi enim imputet emptor, quòd talem debitorem acceptaverit. Num verò cum actione etiam transeant privilegia perſonalia, ſolidè contra alios aſſertivè deducit *Titius in Theſ. Jur. d. l. n. 116. & 119.* Interim advertendum, non poſſe jure noviori, ita ſtatuente Conſtitutione Anaſtaſiana in *l. 22. C. mand.* à Juſtiniano repetita in *l. 23. C. eod.* emptor à debitore ceſſo plus exigere, quàm ipſi venditori, ſeu cedenti ſolvit, conſequenter, ſi de facto actio minoris eſſet vendita, reliquum jus manet penès venditorem, ſeu creditorem. Limita, ſi ſubſit periculum, fortè, quod dubitetur, utrùm debitor ceſſus ſolvendo exiſtat, quo caſu poterit haud dubiè, qui periculum in ſe ſuſcipit, minoris emere, cùm illud periculum utique ſit pretio æſtimabile, dummodo omnia bona fide agantur.

Cùm actiones, & nomina poſſint vendi, nec eſt excepta hæreditas jam delata, id eſt hominis jam mortui (de hæreditate nondum delata, ſeu futura, revid. dicta *de oblig. n. 8.* circa finem) cujus effectus eſt, quòd omne jus, quod habet venditor unà cum lucro, & damno transeat in emptorem, *l. 2. pr. §. 2. 3. 5. & 9. ff. de hæred. vel act. vend.* ita, ut emptor vices hæredis obtineat, *d. l. 2. §. 18.* poſsítque actiones utiles (poſt ceſſionem, ſeu mandatum etiam directas, *l. 5. & ult. C. d. t.*) intentare, & quamvis actiones paſſivè ſuſcipere invitus non teneatur, *l. 2. C. eod.* ſi tamen venditor ex hac cauſa quid ſolverit, debet emptor id omne reſarcire, *l. 2. C. de legat. l. 2. C. de hær. vel act. vend.*

De jure accreſcendi, utrùm nempe maneat penès venditorem, vel in emptorem transeat, dubioſiſſima eſt controverſia. Pone, duos hæredes æqualiter, inſtitutos, A. & B. ac illorum primum hæreditatem, ſeu partem ſuam vendidiſſe, alterum verò poſtea repudiâſſe, cui accreſcet pars repudiata, venditori an emptori? Nos cum Voëtio *ff. d. t. n. 3. & Gletle ſelect. quæſt. p. 3. c. 19. n. 5.* ſtando veritati theoricæ favendum cenſemus emptori: Quia omne jus, quod habet venditor, in emptorem tranſit, ùt tradit Ulpianus in *d. l. 2. pr. ff. de hær. vel act. vend.* unde fluit, quòd venditor hæreditatis, quamvis omnes res hæreditariæ (ſecùs, ſi jus ipſum evincatur, ſi nimirum venditor non ſit hæres, *arg. l. 13. ff. d. t.*) evincerentur, non teneatur de evictione, *venditor hæreditatis* (inquit Ulpianus in *d. l. 2. pr.*) *ſatisdare de evictione non debet*, *cùm id inter*

emen-

emenlem, & vendentem agatur, ut neque ampliùs, neque MINUS JURIS emptor habeat, quàm apud hæredem FUTURUM eſſet. Jam juxta Ulpianum, *omne jus*, quod habet venditor in emptorem ita tranſit, ut *minus juris* habere non debeat: haberet autem minus juris emptor, quàm venditor, ſi jus accreſcendi non transiret. Neque difficultatem explanabis, ſi dicas, omne jus transire in emptorem, quoad partem venditam, non etiam quoad aliam partem accreſcentem, de qua contrahentes non cogitârunt. Hoc enim noſtram ſententiam confirmat, nam jus accreſcendi eſt jus parti venditæ cohærens, ita, ut ad hæredes etiam transmittatur, *l. 9. ff. de ſuis, & leg. hær.* cùm igitur omne, quod habuit intuitu partis venditæ ad emptorem transeat, jus autem accreſcendi competat intuitu partis venditæ, ultrò ſequitur illud in emptorem tranſiiſſe. Si dicas, in *dd. tt.* non fuiſſe de jure accreſcendi cogitatum, egregiè falleris, aliúdque diſces ex ipſo Ulpiano in *d. l. 2. §. 2. ff. de hær. vel act. vend.* ubi jam fuit diſputatum de jure accreſcendi, utrùm nimirum, ſi cohæres pupillo datus, & ſimul ſubſtitus, ſuam hæreditatem vendiderit, & poſteà ex ſubſtitutione pupillari etiam hæreditatem pupilli nactus fuerit, etiam illa in emptorem transeat (en, quòd fuerit omnino dubitatum de alia hæreditate nullo modo tempore venditionis delata) & reſpondetur, quòd non; ſubnexa ratione, *QUIA ALIA EST HÆREDITAS;* conſequenter, ſi eſſet eadem, transiret. Illud Patronis ſententiæ contrariæ haud difficulter damus, jus accreſcendi formaliter, & juxta juris ſubtilitatem manere penès venditorem, à quo, poſtquam per aditionem qualitatem hæredis ſemel acquiſivit, ampliùs avelli non poteſt, *arg. l. 88. ff. de hær. inſtit.* ita, ut etiam invito ei accreſcat, *l. 31. & 53. §. 1. ff. de A. v. O. H.* Tenetur tamen hæres venditor omne id, quod intuitu juris accreſcendi obtinuit, emptori reſtituere, cùm venditor maneat hæres tantùm denominativè, & ſubtilitate juris, alter verò fiat hæres in effectu, tam in ordine ad commoda, quàm incommoda, *d. l. 2. §. 9. ff. de hær. vel act. vend.* qua diſtinctione benè notata, opitulante Minervâ, levi operâ reſponderi poterit ad argumenta contraria, quæ poſt alios adducit *D. D. Franz h. n. 23. Hub. ff. de hær. vel act. vend. n. 5.* illud etiam non magni facimus, quo dicunt, debere eſſe æqualitatem inter mercem, & pretium; nam emptorem hæreditatis æquiparamus emptori ſpei præſentis, penès quem reſidet totum periculum, & commodum, & hoc non immeritò: Nam qualis æqualitas, amabo? inter mercem, & pretium, ſuppoſito, quòd omnes res hæreditariæ (fortè alienæ) ſalvo tamen hæreditario jure, evincerentur? & nihilominus certum eſt, debere emptorem totum pretium, *arg. d. l. 2. pr. ff. & l. 1. C. de hær. vel act. vend. arg. l. 8. §. 1.*

Digitized by Google

§. 1. ff. h. t. Quid, quòd non ſtolidis tantùm (de quibus in *l. 3. ff. ad L. Falc.*) ſed & prudentibus accidat, ut hæreditatem tanquã lucroſam adeant, cui tamen haſta edictalis imminet; quò etiam facit, quòd in emptione hæreditatis, veluti omnibus conſtat, non detur locus remedio, *l. 2. C. de reſcind. vend.*

5 Ex alia parte eſt pretium, *nam nulla emptio*, ait Trib. in *pr. fin. h. ſine pretio eſſe poteſt*: debet autem pretium eſſe (I.) *VERUM*, *non ſimulatum*, ùt olim fiebat in imaginariis venditionibus, *l. 36. & 55. ff. h. t.* ſi tamen donationis gratiá de pretio remittatur, manet emptio-venditio, *l. 38. ff. eod.* (II.) PECUNIARIUM, ſeu, ùt vulgò dicitur, in pecunia numerata (non tamen actu) conſiſtens, ſi itaque detur res alia, erit permutatio, *vid. l. 1. ff. d. t.* Quid, ſi partim res alia, partim pecunia? Exceſſus baptizabit contractum: quòdſi neutrum excedat, dic eſſe permutationem, ùt antiquiorem, vel emptionem, ùt frequentiorem, vel etiam, ſi ita placet, utrumque contractum ſub diverſo reſpectu: Habebis in quamlibet ſententiam, uti Anteſignanos, ita Sequaces. Multum tamen intereſt, præſertim ratione juris retractûs, quid dicas *Hub. ff. h. n. 6.* (a) (III.) CERTUM certitudine vel abſoluta, vel relativa, arbitrio nimirum boni viri (determinati tamen, *arg. l. 25. pr. ff. locat.*) remiſſa, *l. fin. C. & ex ea deſumpto §. 1. Inſt. h. Hub. h. n. 6.* ſeu facta relatione ad certum tempus, vel locum, v. g. quanti hodie in foro venditur, *l. 7. §. 1. ff. eod.* quòdſi pretium remiſſum ſit arbitrio contrahentium, nondum eſt venditio *l. 35. §. 1. ff. d. t.* re tamen tradita erit contractus innominatus, *arg. l. 22. ff. de P. V. Lauterb. h. t. §. 47.* (IV.) PROPRIUM, *d. l. 11. §. 2. ff. de A. E. V.* quia, ùt ſuperiùs diximus, debet emptor facere pecuniam venditoris. (V.) *JUSTUM*. Hic tamen notandum, pretium aliud eſſe *legitimum*, quod nimirum authoritate publica ſtatutum eſt, & hoc debet ad amuſſim obſervari, aliud *Naturale*, ſeu *Conventionale*, quod dependet à morali æſtimatione, ſeu conſenſu (non attento tamen in theſi affectu particulari) partium contrahentium, vel alterius boni viri, &

hoc

(a) Et quidem imprimis ratione juris retractûs, quod obtinet in emptione; non item in permutatione; In permutatione inſuper datur locus pœnitentiæ, quamdiu pars altera viciſſim non tradiderit. Pone Titium tradidiſſe Cajo agrum valentem 300. florenis; recepit viciſſim 150. flor. & equum valentem pariter 150. flor. contrahentes vocabant permutationem ad eludendum fortè retractum, retrahere cupiens venditionem. Quid tu judicando faceres? Si fraus appareat, nullatenus attendendum, quid partes verbotenus protulerint, ſed quod reverà actum eſt. *l. 38. ff. h. t. l. 2. & tot. tit. C. plus valer. quod agit.* Res erit ex circumſtantiis decidenda, adeóque ſi apparuerit, non ſubeſſe fraudem, fortè, quòd conſtet, Titium equo indiguiſſe, & hac occaſione cum fundo permutâſſe, ceſſabit retractus; Secùs ſi equo non indigeat, vel non utatur; ibi enim major erit præſumptio (ſed hominis) fraudis præſertim, ſi emptor habeat de pecunia, ut ſolvat, equóque uti non ſoleat.

hoc non conſiſtit in aliquo indiviſibili, ſed admittit ampliationem, & reſtrictionem pro affectu, arbitrióque hominum, diverſa ſentientium, résque minùs, vel magis æſtimantium. Inde ortum illud vulgatum ex Ulpiano in *l. 16. §. 4. de min.* & Paulo in *l. 22. §. fin. ff. locat.* licere nempe in venditionibus, & locationibus naturaliter contrahentibus ſe invicem circumvenire; intellige vel modicè, dolo quodam bono, vel tantùm hoc procedere in foro externo, ubi pretium pro juſto habetur, vel ſaltem toleratur, ſi dimidium non excedat, *l. 2. C. de reſcind. vendit.* Curioſum exemplum ex Puffendorff. refert Ludov. in *Theſ. Jur. b. t. n. 103.* In civitatibus Græciæ receptum fuiſſe, ut venditores piſcium non ſedere, ſed ſtare deberent, ut ſtandi tædiô, laſſitudinéque confecti quàm recentiſſimos, & pretio æquo venderent. Saluberrimum conſilium ad puniendam vafritiem hodiernorum Nundinatorum! Duas cauſas res æſtimandi generales ſtatuit Titius *ibid. num. 101.* nimirum aptitudinem ad uſum, & raritatem, id eſt, ſi res valde ſit proficua, nec promiſcuè omnibus ſufficiat.

§. II.

De Forma, Effectu, & Contrariis Emptionis-Venditionis.

Forma ſubſtantialis conſiſtit in conſenſu vero, non erroneo de re pro certo pretio tradenda. Dixi: non *erroneo*, quòd ſi error vel circa corpus, v. g. ſi vitrum pro gemma, vel fundus Cornelianus pro Semproniano ematur, vel circa materiam (præſertim totam) ùt ſi vas æneum pro aureo (idem, ſi acetum pro vino, niſi poſtea acuerit) comparetur, venditionem nullam eſſe, dudum definivit Ulpianus in *l. 9. ff. b.* Quid ſi vas deauratum pro aureo emas? valet venditio juxta reſponſum Ulpiani in *l. 14. ff. b. ibi in fin. nam, ſi inauratum aliquid ſit, licèt ego aureum putem, valet venditio.* Nec aliter reverà (licèt videatur) ſentit Julianus in *l. 41. §. 1. ff. d. t. Menſam argento coopertam*, ait, *mibi ignoranti vendidiſti imprudens: nulla eſt emptio, pecuniáque eo nomine data condicetur.* Nam in caſu ab Ulpiano relato non eſt error in tota materia, ſed tantùm in parte, cùm deauratum quid auri contineat; in altero verò caſu eſt error in tota materia, quia auro tantùm coopertum nihil in ſe auri continet, ſed tantùm cooperitur. *Hub. b. n. 9. Cocc. ibid. contr. 48.* ſi circa qualitates, valebit quidem contractus, niſi dolus dans cauſam contractui interceſſerit, poterit tamen deceptus agere ad intereſſe, *vid. l. 11. §. 1. juncta l. 45. d. t. Voët. ibid. n. 5. & 6.* Num autem qualitas haberi debeat, 6

ut dans cauſam, vel tantùm incidens deſumi debet ab eo, quod ex morali, ac prudentum hominum exiſtimatione communiter fieri ſolet, non ab eo, quod contrahens reſpexiſſe, aſſerit, niſi hoc in contractu expreſſerit, vel aliunde ex circumſtantia particulari facilè colligi poſſit, contrahentem ad hanc qualitatem primariò reſpexiſſe: hoc non alio ſenſu recipimus explicationem Titii in *Theſ. Jur. h. n. 173.* quilibet enim aliàs prætexeret, ſe ad hanc, vel illam qualitatem intentionem reſtrinxiſſe.

Forma accidentalis ſtat in Pactis, quæ ſolent intercedere. Sunt autem Pactum Addictionis in diem, Pactum Legis Commiſſoriæ, & de Retrovendendo.

7 Pactum ADDICTIONIS IN DIEM eſt, *quo inter emptorem, & venditorem convenitur, ut liceat illi rem adjicere, ſeu vendere, qui meliorem conditionem obtulerit.* Hoc Pactum in venditionibus fiſcalibus, & ſub haſta faciendis (idem in venditione rerum Eccleſiaſticarum. *Auth. hoc jus porrectum C. de SS. EE.*) ipſo jure ineſt, *l. fin. ff. de jur. Fiſc. l. 4. C. de fide, & jure haſtæ fiſc.* vid. latiùs *Ludov. in Theſ. Jur. ff. de in diem add. n. 2.* Hæc prærogativa taciti pacti extenditur ſuo ſenſu, etiam ad res minorennium, quibus (puta intra quadriennium) ſuccurrit Prætor, ſi viliori pretio ſint venditæ, & adſit quis, qui plus liceatur, ſeu offerat, *l. 7. §. 8. de min. Stryck. V. M. P. de in diem add. §. 3.* Solet plerumque adijici tempus, intra quod liceat meliorem conditionem offerenti rem addicere: quòdſi tempus non fuerit adjectum, ſed indefinitè conventio inita, hoc jus probabiliùs erit perpetuum, adeóque ad 30. annos duraturum, *cit. Stryck. d. l. §. 8.* Subnecti poteſt hoc pactum juxta Ulpianum in *l. 2. ff. de in diem add.* vel ſub conditione SUSPENSIVA, v. g. *vendo tibi fundum Tuſculanum pro mille florenis, ſi alius intra annum plus non obtulerit*, éſtque venditio conditionata, vel RESOLUTIVA, v. g. *ſit tibi venditus fundus Tuſculanus, quòdſi intra annum alius meliorem conditionem obtulerit, ſit inemptus*, éſtque venditio pura, ita, ut in priori ſit periculum venditoris, in poſteriori emptoris, *d. l. 2.* Ubi rurſus videndum, num pactum reſolutivum verbis directis, quæ nimirum reſolutionem contractûs per ſe, vel per neceſſariam conſequentiam important, v. g. uti dictum, *ſit inemptus: liceat mibi vendicare;* vel tantùm verbis obliquis, quæ ſcilicet non ipſo jure important reſolutionem contractûs prioris, ſed factum hominis ſupponunt, v. g. *ut meliori conditione oblata, tenearis mibi reſtituere, aut poſſim ego repetere.* Siquidem priori caſu, meliori conditione oblatâ, dominium rei venditæ ipſo jure ſine facta reſtitutione ad venditorem revertitur, competítque venditori contra quemcunque actio in rem, *arg. l. 4. §. 3. & 4. ff. d. t.* Nec obſtat, quòd nudô pactô dominia non transferantur, *l. 20. C. de pact.*

Digitized by Google

pact. nam non tam transfertur, quàm ab initio reſervatur; ſeu ſub quadam conditione revertendi transfertur, *Theſ. Jur. ff. de in diem add. n. 19.* Secùs, ſi verbis obliquis, ubi tantùm datur actio ex contractu contra emptorem, ejúsque hæredes, *arg. l. 3. C. de pact. inter empt. & vend. compoſ.* At, quænam cenſetur melior conditio? Non tantùm, ſi in majori quantitate, ſed etiam, ſi loco, vel tempore opportuniori, vel meliori pecuniæ ſorte, vel aliis melioribus conditionibus pretium offeratur, *d. l. 4. §. fin. ff. eod.* verbô: *quidquid ad utilitatem venditoris pertinet* (inquit Pomponius in *l. 5. ff. d. t.*) *pro meliori conditione haberi debet.* Hinc, quamvis pupillus ſine tutoris authoritate plus offerat, & venditor acceptet, receditur à priori venditione, *l. 14. §. 3. ff. d. t.* emptio enim ejusmodi tantùm eſt nulla in favorem pupilli non tertii. Tenebitúrne venditor meliorem conditionem oblatam acceptare? Non, quia quilibet poteſt favori ſuo renunciare, adeóque, meliori conditione oblata, ſed non acceptata, primus emptor haud quaquam liberatur, niſi aliter fuerit conventum, *vid. l. 9. ff. eod.* Quid, ſi primus emptor meliorem conditionem oblatam implere paratus ſit? Alteri quaſi jure protimiſeos præferendus eſt, *l. 7. & 8. ff. eod.* Eſt tamen nova emptio-venditio, hinc fructus interim percepti, niſi aliter placuerit (ſi extent, non item, ſi jam conſumpti ſint, *l. 2. §. 1. ff. d. t.*) (a) ac ſi alius meliorem conditionem implêſſet, venditori ſunt refundendi, *l. 6. pr. & §. 1. arg. 16. ff. eod.* Ex his facilè colliges, quod, ſi pactum ſit adjectum ſub conditione ſuſpenſiva (quæ toties erit, quoties negativè adjicitur) pendente conditione pendeat contractus, emptoríque nuda ſpes acquiratur, *l. 7. ff. h. t. l. 4. pr. ff. de in diem add.* Si nemo meliorem conditionem offerat, contractus purificatur, habetúrque, ac ſi ab initio purè fuiſſet initus. Si melior conditio offeratur, prior contractus evaneſcit, quaſi nunquam fuiſſet initus,

 l. 37.

(a) Nolim tamen exiſtimet, hoc eſſe juris plani; Multi ſiquidem ſatis probabiliter contrarium tenent, docentque, emptorem omnes fructus, adeóque & conſumptos, debere reſtituere. Fulciuntur eadem authoritate Ulpiani (à quo etiam emanat reſponſum in *cit. l. 2. §. 1.*) *in l. 4. §. 4. & l. 6. pr. ff. d. t.* ubi & Julianum conſonantem refert, traditque, fructus (ſine diſtinctione) eſſe reſtituendos. Sed quid reponunt, ad *d. l. 2. §. 1.* ubi emptor dicitur fructus lucrari? Ajunt probare nimium, cùm etiam extantes lucraretur unà cum acceſſionibus. Intelligendus itaque, ut volunt, Ulpianus, quod lucretur interim & revocabiliter: Imo & irrevocabiliter, ſi nullus emptor, qui plus offerat, ſe ſiſtat, ceu explicare videtur Laud. JCtus in *d. l. 6. pr.* Sanè, ut verum fatear, moverent iſta, ſi probarent, quòd etiam venditor teneatur ad uſuras pretii reſarciendas. Sufficienter, inquis, exinde probatur, cùm omnia reponantur in priſtinum ſtatum, *arg. l. 29. §. 2. ff. de ædil. Edict.* Ita eſt, reponuntur, ſed quoad ea, quæ extant; textus in *d. l. 29. §. 2.* non videtur facere ad rem, cùm ibi intercesserit conſenſus erroneus, & venditio reſolvatur præcisè ex facto contrahentium.

Digitized by Google

l. 37. ff. h. t. Si fuerit appoſitum ſub conditione reſolutiva (quæ apponitur affirmativè) pendente conditione manet emptor dominus, *d. l. 4. §. 3. & 4. ff. de in diem add.* ſi melior conditio non offeratur, fit venditio irrevocabilis, ac ſi ſtatim fuiſſet pura, *arg. d. l. 4. §. 5. ff. d. t.* ſi melior conditio offeratur, contractus reſolvitur juxta ſuperiùs dicta.

8 Alterum pactum eſt LEGIS COMMISSORIÆ, *quo inter emptorem, & venditorem cavetur, ut, pretiô non ſolutô, res fiat inempta, l. 2. & 4. ff. de Leg. com.* Deſcriptio de ſe plana eſt: Sed quid ſibi vult *cadere in commiſſum*, ſeu *committere?* Committere, quamvis habeat plures ſignificationes, de quibus *Berg. in Theſ. Jur. ff. d. t. n. 1.* hic idem eſt ac amittere, ſeu perdere, quatenus emptor, ſi pretium non ſolvat, amittit dominium rei emptæ, quod priùs habuit, *l. 1. 3. & paſſim ff. d. t.* Hinc eſt, quòd hoc pactum tantùm poſſit adjici ſub conditione reſolutiva, quia in ſuſpenſiva emptor, uti nihil acquirit, ita nihil amittit, quidquid ex *l. 38. §. f. ff. ad L. Falc.* ſentiat *Voët. ff. de L. com. n. 1.* nam, ſi venditio ſuſpendatur ad ſolutionem pretii, erit venditio conditionata, ſed non pactum Legis commiſſoriæ. Cùm hoc pactum tam parùm, quàm prius inſit ex natura contractûs, eo deficiente, venditor, pretiô non ſolutô, non ad rem, ſed tantùm ad intereſſe agere poteſt, *l. 8. C. h. t. l. 14. C. de reſcind. vend.* Jam pendente conditione emptor interim manet dominus rei ſibi traditæ, *l. 5. ff. de leg. com.* ſi tempore convento ſolvat, fit contractus irrevocabilis: ſi verò non ſolvat tempore debito, contractus (ſuppoſito pacto verbis directis adjecto) ipſo jure reſolvitur, & dominium ad venditorem revertitur, vel (ſi verbis tantùm obliquis fuerit appoſitum) datur venditori actio ex contractu, *d. l. 3. C. de pact. int. empt. & vend. compoſ.* Quid, ſi morâ commiſsâ, venditor ſtare velit contractui? Poteſt, & emptor cogitur, quia eſt in favorem emptoris adjectum, *l. 2. ff. eod.* hinc, ſi res pereat, perit emptori. De fructibus, quid dicemus? eſſe reſtituendos tam extantes, quàm conſumptos. Ita colligimus ex Neratio in *l. 5. ff. eod.* Rationem dat, tam quoad extantes, de quibus certum eſt, quàm quoad conſumptos, generalem: *quia nihil penès eum reſidere oportet ex re, in qua fidem feſellit:* Sicut enim tantùm habuit dominium revocabile reſpectu rei, ita & reſpectu fructuum. Inepta eſt paritas, quam deducunt à pacto Addictionis in diem, cùm ibi ſolverit pretium, cujus venditor uſuras vel percepit, vel ſaltem percipere potuit, hinc emptor fructus conſumptos retinebit in compenſationem. Quid, ſi emptor partem pretii ſolverit, an poſſit illam repetere? Negare videtur Scævola in *l. 6. pr. & §. 1. ff. d. t.* quam ſententiam defendit *Magnif. P. Schmier lib. 3. tr. 3. c. 2. n. 162.* contendítque emptorem debere eſſe con-

ten-

Google

tentum, ſi fructus interim perceptos ſaltem pro quantitate jure penſationis retinere poſſit. At durum eſt, ùt fatetur *Laud. Magnif.* & vix à juſtitiæ regulis non alienum: hinc æquiùs cum *Voëtio ff. de leg. com. n. 3.* cenſemus indulgendam emptori repetitionem. Equidem juxta opinionem contrariam, quò magis fuiſſet diligens in procurando ſolutionem, eò magis puniretur, & quò minùs de ſolutione ſollicitus, eò minùs ſentiret damnum, quod utique in artis noſtræ regulis videtur peregrinum. Illud lubentiùs dabimus in pœnam fidei fractæ amittere, quod arrharum, conficiendi inſtrumenti emptionalis, vel proxeneti nomine dedit, cùm ad implendum contractum nihil curæ adhucdum impendit, quod tamen facit, ſi partem pretii ſolvat. Sed quid ad reſponſum Neratii reponimus? Id, quod Ulpianus in *l. 4. §. 1. ff. d. t.* Non poſſe repetere pretium, ſi hoc cum fructibus compenſetur, *ſed, quod ait Neratius* (ita Ulpianus) *habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cùm pretium, quod numeravit* (ſuppoſita nimirum ejusmodi conventione) *perdidit. Igitur ſententia Neratii tunc habet locum, quæ eſt humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit.* Si enim fuit conventum (& ita intelligimus) ut partem pretii ſolutam amittat, ſibi imputet, quòd vel nihil, vel non totum pretium ſolverit. Aliàs enim, ſicut iniquum foret, ſi emptor fructus retineret, etſi nihil pretii ſolviſſet, quia venditor jure compenſationis nihil haberet, ita etiam injuſtum eſſet, ſi venditor partem pretii retineret, ubi vel fructus planè nullos, vel non correſpondentes emptor percepiſſet. Hodierni venditores, ſi ſubſit periculum, ſolent ſibi reſervare dominium, donec pretium fuerit ex integro ſolutum, quo caſu, in concurſu, præferuntur omnibus creditoribus, quomodocunque privilegiatis, cùm veniant jure dominii, ſeu ſeparationis ordinariæ. Verùm de eo dubitatur; penès quem ſit in hoc caſu periculum, cùm res pereat ſuo domino? Erit tamen probabiliùs penès emptorem, quoniam hoc pactum eſt in favorem venditoris, conſequenter non debet in illius odium converti. Clariſſ. D. P. Coll. Böckhn ad *h. t. n. 52.* vid. *Theſ. Jur. ff. de leg. com. num. 40.*

Tertium pactum eſt de RETROVENDENDO, *quo inter emptorem, & venditorem convenitur, ut liceat, oblato juſto pretio, rem venditam repetere.* Poteſt hoc pactum adjici vel in gratiam venditoris, vel emptoris tantùm, vel in gratiam utriusque ſimul, & quidem, uti diximus de pacto addictionis in diem, verbis directîs, vel obliquîs, ſi directîs: debito oblato pretio, venditio ipſo jure reſolvitur, ac dominium ipſo jure ad venditorem revertitur, *arg. l. 13. & ibi Brunn. n. 2. & 3. ff. de pignor. act. l. 4. C. de pact. inter empt. vend. comp.* Nec obſtat, quòd in *l. 4. C. de* 9

 ædilit.

ædilit. act. non rei vindicatio, ſed actio redhibitoria competere dicatur. Nam in caſu legis aliter fieri non poterat, erat enim pactum in favorem emptoris adjectum, cui ad pretium, quod, vel jam conſumptum, vel cum alia pecunia commixtum, adeóque ejus dominium jam erat amiſſum, *arg. l. 38. ff. de ſolut.* rei vindicatio ampliùs dari non poterat: Si obliquis, nec venditio reſolvitur ipſo jure, nec venditori competit actio realis, ſed tantùm perſonalis empti-venditi contra emptorem, ejúſque hæredes, *l. 2. C. d. t.* Solet, ùt in aliis, adjici certum tempus, aliàs autem jus redimendi erit perpetuum, ſcilicet ad 30. annos: ſive ſimpliciter ſit initum, ſive (probabiliùs) additum ſit, *ut in perpetuum liceat redimere*; cùm hæc verba debeant ſumi in ſenſu juridico, vid. tamen *Stryck. V. M. P. h. t. §. 43. & ſeqq.* Dictum fuit in definitione notanter: *juſtô pretiô*; ſed quale tempus erit ſpectandum, venditionis, an retrovenditionis? Niſi aliter fuerit conventum, retrovenditionis. *Brunn. ad d. l. 2. C. de pact. inter emptor. n. 12.* quia pretia rerum pro temporum, & circumſtantiarum varietate mutantur, conſequenter attendendum eſt tempus ſecundi contractûs. Statuit quidem *Voët. ff. de leg. comm. num. 7.* regulam contrariam, docens, ſi aliter non fuerit conventum, rem redimendam, eodem, quod datum eſt, pretio, ídque probat per *l. 12. ff. de P. V. l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. l. 7. §. 1. ff. de diſtr. pign. l. 13. pr. ff. de pign. act.* Verùm, an hi textus, hoc ipſo, quòd ſupponant, ùt legenti patebit, fuiſſe conventum, ut eôdem redimatur pretiô, ad regulam ſtatuendam ſufficiant, aliis judicandum relinquimus. Porrò in pacto verbîs directis adjecto plerumque obtinebit, ut idem offeratur pretium, quod in prima venditione ſolutum fuit, cùm hoc jam ſit certum, & determinatum, nullatenus ampliùs dependens à conventione partium: unde emptio-venditio faciliùs, quàm ſi pretium juxta temporis præſentis valorem determinari debeat, ipſo jure ſolvetur. Cæterùm jus hoc retrovenditionis multum differt à jure retractûs Gentilitii, ſeu Legalis (de quo nos ſuô locô, & tempore) quod competit vel jure conſanguinitatis, vicinitatis, vel etiam incolatûs; hoc enim tantùm obtinet, ſi res ſit venalis, vel omninò actu vendita, quam poſteà habens jus retractûs à primo emptore revocat. Jus verò retroùenditionis competit ad nutum vel venditoris, vel emptoris, vel utriuſque, prout nimirum pactum fuerit initum, eſto aliàs res non eſſet venalis.

10 Effectus emptionis venditionis Proximus eſt obligátio, tum ex parte venditoris, tum emptoris. Tenetur autem venditor (I.) ad rem venditam præciſè tradendam, *§. 1. h.* ibi: *OMNI MODO & pretium perſolvatur, & RES TRADATUR*, *l. 11. §. 2. ff. de A. E. V.* ibi: *Et imprimis IPSAM*

Google

SAM REM præſtare venditorem oportet. Nec liberatur, ſi ſe offerat (invito emptore) ad præſtandum intereſſe, *arg. l. 21. ff. ad L. Cor. de falſ.* Non enim licet à venditione perfecta, etſi duplum præſtare velis, recedere, *l. 3. & 6. C. de reſcind. vend.* ſolidè Hub. *h. t. num. 6.* Neque cordatum JCtum movere debet, quod in *l. 1. l. 11. §. 9. ff. l. 4. & 12. C. de A. E. V.* dicatur, venditorem condemnandum ad intereſſe, ſi rem non præſtiterit; nam ineptiſſimus ſis, oportet, ſi credas, hoc eſſe in favorem venditoris conſtitutum, cùm tantùm reſpiciat emptorem, qui dum ampliùs (poſt moram fortè à venditore commiſſam, *arg. l. 4. C. eod.*) ſuâ non intereſt, rem habere, aliter, quàm ad intereſſe agere non poteſt, ùt optimè exemplô declarant Impp. in *l. 10. C. d. t. vid. Theſ. Jur. ff. d. t. n. 19. Vinn. ad pr. h. n. 4. & ſeqq.* Tenetur (II.) ad rem tradendam non tantùm VACUAM ab alterius poſſeſſione tam civili, *l. 2. §. 1. l. 3. ff. de A. E. V.* quàm (ſaltem, ut ſatisfaciat ſuæ obligationi) naturali, ſeu detentione, ùt benè habet, *Hub. h. n. 10. verſ. vacuam*, & in terminis *Vinn. ad §. 40. de R. D. n. 3. in fin.* licèt poſſeſſio alterius non impediat dominii translationem, indéque fluat, quòd emptor præferatur conductori, *l. 9. C. de locat. cond.* Sed etiam LIBERAM ab omnibus oneribus (extraordinariis, puta ſervitutibus &c.) tradendam, ita quidem, ut, ſi dixerit *optimam maximam*, id eſt, liberam ab omni onere, & fuerit onerata, obſtringatur indiſtinctè ad intereſſe, *l. 59. ff. h. t.* clariùs in *l. pen. ff. de evictionib. Lauterb. ff. de A. E. V. §. 14.* cùm non debeat liberam aſſerere, quam ignorat, liberam eſſe: Idem dicendum, ſi ſimpliciter vendiderit, ſcivit tamen oneribus gravatam: Si verò non ſcivit, nec dixit rem optimam maximam, non tenetur ad id, quod intereſt, ſed tantùm ad remittendum, quantò minoris, cognito onere, res fuiſſet empta. Textus adſunt in *l. 1. §. 1. l. 13. pr. l. 39. ff. de A. E. V. cit. Lauterb. d. l.* (IV.) Ad tradendam cum omnibus fructibus, tempore venditionis pendentibus (non perceptis, *l. 2. C. d. t.* nec civilibus, niſi pro rata temporis, *arg. l. 62. ff. de R. V.*) etſi probabiliùs primùm poſt contractum natis, *l. 13. & 16. C. eod. arg. l. 44. ff. de R. V.* nec non acceſſionibus, atque appertinentibus, quæ tempore contractus (*l. 69. ff. h. t.*) rei venditæ cohærebant, *vid. l. 17. pr. & §. 7. ff. de A. E. V. l. 242. §. fin. ff. de V. S.* Latiùs *cit. Lauterb. ubi ſupra §. 25. & ſeqq.* (V.) Ad damna dolô, vel culpâ (levi) data reſarcienda, *arg. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 23. ff. de R. J.* Excipiunt, ſi venditio ſit facta ad corpus, ubi ante menſurationem, quæ, etiamſi quantitas ſit adjecta, tantùm demonſtrationis causâ, & interim periculum ſit emptoris, requiritur, venditor tenetur de culpa leviſſima, veluti ex *l. 2. §. un. & l. 3. ff. de per. & com. rei vend.* pluribûs probare conatur *Voët. ibid. n. 4.* Hub. *h. n. 9.* exiſtimat,

Digitized by Google

mat, eſſe quid ſpeciale de vino, ubi periculum qualitatis, v. g. acoris, etiam ante menſurationem, adeóque, venditione nondum perfecta, emptoris eſt, *l. 1. pr. l. 4. §. 1. ff. d. t.* hinc venditor erit adſtringendus ad culpam leviſſimam. Cæterùm periculum (facti non juris, ut, ſi res evincatur, *l. 33. ff. locat.*) vel damnum caſu, ſeu ſine culpa venditoris emptione perfecta (etſi res non ſit tradita) emergens in emptorem tranſit, *§. 3. Inſt. h. l. 7. & 8. ff. de per & com. rei vend.* Nec ſine ratione, quia venditor, etſi ante traditionem maneat dominus, & res aliàs ſuo domino pereat, *l. 9. C. de pign. act.* eſt tamen ſimul debitor certæ ſpeciei, qui rei interitu liberatur, *l. 23. ff. de V. O. Vinn. ad §. 3. h. n. 4.* Accedit, quòd emptor, emptione-venditione perfecta, habeat commodum ex hactenus deductis, conſequenter etiam ſentire debet incommodum: Limita, ſi duæ res disjunctivè ſint venditæ: hic enim, ſi una pereat, debetur altera, ita, ut prior pereat venditori, *vid. l. 34. §. 6. ff. h. t.* Dixi in regula: *Sine culpa venditoris.* Si enim culpa præceſſit, venditor non liberatur, ita intellige, *l. 12. 13. & 14. pr.* (nam *§. 1. ibid.* loquitur de emptione nondum perfecta) *ff. de per. & com. rei vend Vinn. d. t n. 1.* Dicitur autem emptio-venditio perfecta (completa primùm à traditione) ſtatim à poſito utriusque conſenſu, niſi ſit conditionata, de qua in *l. 8. ff. d. t.* vel ad pondus, numerum, vel menſuram, aut ad guſtum facta; (a) ubi requiritur ponderatio, menſuratio, numeratio, aut deguſtatio, anteà verò manet periculum (niſi mora emptoris præceſſerit, *l. 5. ff. d. t.*) venditoris, *vid. l. 1. & §. 1. ff. eod.* Effectus Remotus eſt Actio empti-venditi. Iſta venditori, & hæredibus contra emptorem, & hæredes: Illa emptori, & hæredibus contra venditorem, & hæredes compe-

(a) Hic regulam damus: Si vendatur res, quæ guſtari ſolet, ante deguſtationem eſt venditio imperfecta, adeóque periculum adhuc venditoris, eſto de guſtu nihil fuerit dictum, aut etiam vaſa jam fuerint ſignata *l. 1. pr ff. de per & com. rei vend.* quia emptor aliter emere non præſumitur. *l. 4. §. 1. ff. d. t.* Neque ſignatio vim traditionis habet, ſed ſit, ne res ſubmutetur. *d. l. 1. §. 2. ff. eod.* Limita, ſi circumſtantiæ aliter ſuadeant, ut ſi res talis ſit, quæ nec ad numerationem, nec guſtum, aut menſurationem vendi ſolet; in his enim ſignatio vim traditionis obtinere dicitur *l. 14. in fin ff. d. t.* Limita inſuper, ſi venditio rei ad guſtum facta ſit ad corpus, ubi periculum rei ante deguſtationem emptoris, qualitatis vero v. g. acoris, venditoris eſt. *d. l. 4. §. 1.* Facta autem deguſtatione in venditione AD CORPUS totale periculum emptoris: Ad QUANTITATEM vero periculum rei venditoris, qualitatis verò (præſtita tamen, uti dictum, à venditore culpâ leviſſimâ. *d. l. 2. §. fin. l. 3. ff. eod.*) emptoris eſſe ſtatuitur in *citt. ll.* paſſim. Quodſi tempus deguſtationi ſit præfixum, periculum eſt penès moroſum. *d. l. 4. pr. juncta l. 15. & 17. ff. d. t.* vid. inſuper *l. 1. §. fin. ff. eod* quæ tamen per *l. 8. ff. de trit. vin. oleo leg. & l. 144. ff. de R. J.* prudenter temperanda.

petit, ut quilibet obligationi ſuæ ſatisfaciat: Eſt utraque Perſonalis, Civilis, Rei Perſecutoria, Bonæ Fidei, Perpetua.

Contraria ſunt modi, quibus emptio-venditio ſolvitur, ſolvitur mutuo conſenſu, aut, ſi dolo, metu, vel errore inita ſit, quæ & aliis contractibus communia ſunt. Specialiter autem reſolvitur ex *Ædilitio Edicto*, quo cavetur, ne res vitioſæ vendantur, nullâ habitâ differentiâ, utrùm venditor ſciverit, vel ignoraverit vitium, *vid. l. 1. §. 1. & 2. ff. Ædil. Edict.* Dummodò ſit vitium non Animi, ſed CORPORIS, vel ſaltem IN CORPUS redundans, *d. l. 1. §. 7. & 8. l. 4. §. 3. & 4. eod.* LATENS, *l. 14. §. ult. ff. d. t.* aliàs emptor erit à ſe ipſo deceptus. ANTECEDENS non ſubſequens, *l. 54. ff. eod.* GRAVE non leve, adeóque tale, quod uſum rei intervertat, vel ſaltem notabiliter impediat, ita, ut illo ſcito, emptor vel planè non contraxiſſet, vel ſaltem non tanti emiſſet, *arg. l. 4. §. ult. l. 10. §. 2. ff. eod.* Illo tamen caſu ſit locus actioni redhibitoriæ, qua contractus reſcinditur: Iſto, æſtimatoriæ, qua agitur ad quantò minoris: Illa 6. menſibus: Hæc integro anno durat, *l. 19. §. fin. l. 38. pr. ff. d. t.* Sed de hoc plura in Digeſtis. Reſcinditur inſuper ſpecialiter, ſi venditor (idem à potiori de emptore) ſit læſus ultra dimidium. Ita famoſiſſimus textus in *l. 2. C. de reſc. vend.* data electione lædenti, num velit ſupplere, quod deeſt, an verò conſentire in reſciſſionem contractûs. Sed quo remedio adigendus? Actione empti-venditi, *arg. l. 11. §. 3 & ſeqq. ff. de A. E. V.* vel, ſi mavis, condictione ex *l. 2. C. de reſc. vend. Add. Berger in Theſ. Jur. ff. d. t. n. 6.* Cæterùm, quando venditor dicatur læſus ultra dimidium, caret difficultate, nimirum, ſi neque dimidium juſti pretii accepit, v. g. ſi pro re valente 100. acceperit tantùm 49. vel infra. De emptore.

Subſtat res obſcuritati, utrùm nimirum, ut dicatur læſus, ultra dimidium debeat pro re, valente centum, dediſſe ducenta & unum, num verò ſufficiat, ſi dederit centum & quinquaginta unum. Prius aſſerunt nonnulli ex Canoniſtis, plerique Civiliſtæ, *Facbin. 2. contr. c. 16.* Poſterius potiores Canoniſtarum, *P. Reiffenſtuel h. t. n. 336.* Inter Civiliſtas poſt alios antiquiores, *Voët. ff. de reſcind. vend. n. 5.* Nos, æqualitate prioris ſententiæ Mathematicis relicta, poſteriorem æquitati magis conformem contendimus, ſicut enim venditor dicitur læſus ultra dimidium, ſi pro re, valente centum, tantùm 49. accepit, adeóque læſus eſt in 51. ita emptor dicendus erit læſus ultrà dimidium, ſi pro re valente 100. dederit 151. adeóque læſus eſt in 51. ſi enim læſio in 51. parit reſtitutionem in ordine ad 100. reſpectu venditoris, non videtur, cur non etiam debeat reſciſſionem parere in ordine ad emptorem; ſicut enim venditori

Digitized by Google

deſunt ſ1. cui nihil correſpondet, ita & emptori deſunt ſ1. cui pariter nihil correſpondet. Dicunt quidem reſpectu venditoris, non poſſe fieri aliam comparationem: Reponimus & nos; cùm in venditore alia computatio fieri nequeat, ita reſpectu emptoris hæc ipſa fieri debet, ut ſervetur æqualitas, & ne emptor ſit deterioris conditionis, quàm venditor. Ajunt nullatenus eſſe deterioris conditionis, ſed omni modo ſervari inter unum & alterum æqualitatem, uti enim venditor dicitur læſus, ſi non accepit dimidium juſti pretii reſpectu rei, quam tradidit, ita etiam emptor dicetur læſus, quando non accepit rem adæquantem dimidium pretii, quod ſolvit, ſed, ſi res valet centum, & tantùm dedit 151. jam adæquat dimidium pretii ſoluti, eſt enim dimidium pretii ſoluti 75. & medium, quam ſummam utique adæquat, imò ſuperat res vendita, quæ valet centum: debet igitur dediſſe, 201. & tunc non adæquabit dimidietatem pretii ſoluti. Pulcherrimè diſcurrunt, ſed fortè ad Mathematicum, qui quantitatem ad quantitatem ſecundùm ſe, nullo ad terminos juſtitiæ habito reſpectu, conſiderat, Juriſperitus econtra longè aliter debet procedere, conſiderando nempe relationem non inter dantem, & dantem, vel accipientem, & accipientem, quæ nulla ſubeſt, ſed inter dantem, & accipientem, & ita dicere: ſicut venditor læſus dicitur ultra dimidium, quando non accepit dimidium juſti pretii, ita emptor dicitur læſus, quando præter juſtum pretium adhuc ultra dimidium juſti pretii dedit, ſeu clariùs: ſicut venditor dicitur læſus ultra dimidium, quando læſus eſt ultra dimidium JUSTI pretii, ita emptor dicitur læſus ultra dimidium, quando læſus eſt ultra dimidium JUSTI pretii; jam pretium juſtum, uti ſupponimus, ſunt 100. dimidium ſunt ſo. ſi igitur præter centum dedit ſ1. jam ultra dimidium juſti pretii læſus eſt, uti conſiderantem latere non poteſt, ſi autem dedit 201. jam eſt læſus in toto JUSTO pretio, cùm bis dederit juſtum pretium, & ultra. Malè ergo confundunt pretium *datum* cum pretio *juſto*, à cujus quantitate debet læſio computari: quippe veluti dimidietas JUSTI pretii ſufficit reſpectu venditoris, ita etiam dimidietas JUSTI pretii ſufficiet reſpectu emptoris. Paucis: Detractio in quinquaginta & uno inordine ad centum in præjudicium venditoris facta, eum lædit ultra dimidium, ergo ſimiliter additio in quinquaginta & uno in præjudicium emptoris facta in ordine ad centum, eum lædet ultra dimidium. Illud imperceptibile videtur, quòd dicant, exinde etiam debere ſequi, quòd ſi venditor dediſſet rem, valentem 151. pro centum, læſus eſt ultra dimidium, cùm in ordine ad centum ſufficiat læſio in ſ1. reſpectu emptoris, conſequenter etiam ſufficient reſpectu venditoris, quod tamen nemo hactenus dixit. Peſſima illatio, cùm læ-

Digitized by Google

læſio venditoris non debeat, imò non poſſit deſumi à læſione emptoris, cùm ſit incerta, ſed viciſſim à læſione venditoris eſt computanda: hæc quippe certa eſt, ait enim textus in *d. l. 2. Minus autem pretium eſſe videtur, ſi nec dimidia pars VERI pretii ſoluta ſit*, ergo inferendum: *Plus autem videtur ſolutum eſſe, ſi ultra dimidium VERI pretii ſolutum ſit.* (a) Ceſſat hoc remedium *d. l. 2.* (I.) Si contrahens eidem expreſsè, vel etiam tacitè (ſi nimirùm ſciens, & abſque neceſſitate, de qua vid. *l. 12. C. de reſcind. vend.* rem viliori pretio vendiderit, *arg. l. 38. ff. b. t.* latiùs Voët. *ff. de reſcind. vend. n. 17.*) renunciaverit *arg. l. 14. §. 9. ff. de ædil. edict. l. pen. C. de pact.* (II.) In venditione ſpei præſentis, ſeu aleæ, *arg. l. 8. ff. b. t. & l. 10. ac 14. §. 1. ff. de bær. vel act. vend.* (III.) Si teſtator juſſerit, rem certô pretiô (intellige, ſi fiat in favorem certæ perſonæ) diſtrahi, *arg. l. 49. §. fin. ff. de legat. 1.* (IV.) Probabiliter in venditionibus ſub haſta, ex decreto Judicis, factis, *arg. l. 5. C. de fid. & jur. baſt. fiſc.* Limita, ſi dolus probari poſſit, vid. *l. 2. C. d. t. l. 16. C. de reſcind. vend. Voët. ubi ſuprà n. 16.* Quid, ſi juraverit, ſe velle ſtare venditioni? Non ceſſat, quia juramentum non immutat naturam actûs, cui apponitur, adeóque ſubintelligitur, ſi læſio ultra dimidium non interceſſerit. Diſſentit *D. D. Franz p. m. b. n. 105.* Movetur per *Auth. Sacramenta puberum. C. ſi adverſ. vendit.* junct. *l. 13. §. 2. l. 28. §. 5. ff.* nec non *c. 28. de jurej. l. 77. §. 23. de leg. 2.* Verùm hi textus nullatenus reſpuunt datam interpretationem; conſequenter ſicut venditio ob læſionem ultra dimidium ſit reſcindibilis, ita manet, præſtitô juramentô, in cujus præſtatione de tali *læſione* non

Bb 2 præ-

(a) Totus controverſiæ cardo in hoc conſiſtit, utrùm, ut emptor dicatur læſus ultra dimidium, ſufficiat, ſi ſit læſus in dimidio VERI ac JUSTI pretii, num verò conſiderandum ſit pretium datum in ſe, ita, ut tunc primùm dicatur læſus, quando non accepit dimidium illius pretii, quod dedit? Uti pridis jam dudum aſſeruimus, ita id ipſum breviſſimè magis firmamus. Certiſſimum eſt apud omnes, imò deciſum in *l. 2. C. de reſc. vend.* venditorem tunc dici læſum ultra dimidium, quando non accepit dimidium JUSTI & VERI pretii, adeóque, ut conſtes, num ſit læſus ultra dimidium, debere priùs conſtare, quale & quantum ſit juſtum pretium: ergo idem dicendum erit de emptore; ita ut in computanda læſione ſemper debeat ex conſequentia doctrinæ haberi reſpectus ad terminos pretii JUSTI, atque exinde neceſſariò inferri, quòd ſi læſus ſit ultra dimidium JUSTI pretii, jam ſufficiat, ſicut obſervari debet in venditore. Profectò ſi emptor, ut dicatur læſus ultra dimidium, deberet pro re valente, 100. dediſſe 201. tunc non ſolùm eſſet læſus ultra dimidium, quod certum eſt, ſed ultra totum VERUM ac JUSTUM pretium, quod nemo negabit; dedit enim bis *juſtum* & *verum* pretium, imò ultra, adeóque pro altero VERO & JUSTO pretio, atque eo, quod ultra dedit, prorſus nihil accepit, ut de ſe patulum eſt. Unde non valet, ſi dicas (I.) Si venditor det mercem, quæ pretium datum adæquat, eſt juſta; ergo ſi tantùm adæquat dimidium, erit quoad aliud dimidium injuſta. (II.) Si emptor det

præſumitur jurans cogitâſſe. Quid, ſi poſt læſionem res ſine emptoris culpa perierit? ſi emptor fuit læſus, repetet id, in quantum læſus eſt: Cæterùm res ipſi perit: Si venditor? Debebit eſſe contentus pretio qualicunque, quod accepit, ſibíque gratulari, quod non totum damnum, re apud ſe pereunte, ſentire cogatur, *arg. l. 12. §. 1. ff. de jur. dot. Voët. d. l. n. ult.* Quod tunc pro certo recipimus, ſi res æquè fuiſſet peritura apud venditorem. TI-

det 202. & nibil accepit, eſt læſus in toto, ergo ſi acceperit mercem adæquantem dimidium pretium, erit læſus in altero dimidio. (III.) Pone Titium pro 200. dediſſe vineam valentẽ tantùm 100. deinde inæqualitatem emendâſſe dato altero tanto; hic fuit facta emendatio in dimidio, ergo priùs adfuit læſio in dimidio. Nam iſta & ſimilia argumenta probant quidem, quod in his caſibus adſit læſio in dimidio pretii, quod aliunde indubitatum eſt; ſed hæc non requiritur, cum ſufficiat, ſicut in venditore, dimidium juſti pretii. Porrò ſicut in venditore, ut læſio dignoſci poſſit prius inquirendum, quale ſit juſtum pretium, ita illud ipſum in emptore faciendum, adeóque priùs videndum, quale ſit juſtum pretium rei venditæ. Ita exigente naturali hujus contractûs ordine. Siquidem non ſolemus quærere, qualis merx ſit huic pretio accommodata; ſed potiùs, quale & quantum ſit hujus mercis juſtum pretium, cùm non merx ſit menſura pretii, ſed viciſſim; hinc ſivè quæratur de læſione venditoris, ſive emptoris recurrendum eſt ad juſtitiam pretii, ita ut, ſi iſta in dimidio excedatur, reſpectu utriusque ſufficiat. Ex quibus ſatis apparet, quantum huic inſtantiæ inſit roboris; dum ita arguunt. Juxta noſtram computationem ſequeretur, venditorem etiam tunc eſſe læſum ultra dimidium, ſi rem dederit valentem 151. & tantùm acceperit 100. cùm pariter in ordine ad 100. ſit læſus in 51. Argumentum quippe hoc etiam per contrapoſitionem non eſt bonum, quod exinde evidenter eruitur; Nam læſio venditoris non à læſione emptoris, quæ, ùt monuimus, prorſus eſt incerta, ſed læſio emptoris à læſione venditoris eſt inferenda, dum igitur etiam juxta Adverſarios læſio emptoris & venditoris eâdem regulâ eſt æſtimanda, optimè infertur, quod ſicut venditor eſt læſus ultra dimidium, quando eſt læſus in dimidio JUSTI pretii; ita idem ſine abſurdo ſtatuendum de emptore. Illud equidem non diffitemur, computationem oppoſitam, ſi conſideretur ad datum & acceptum juxta bilancem, ùt volunt (ſed quid eſt hoc niſi conſideratio mathematica?) videri æquam, ſi tamen reducatur ad terminos juſtitiæ, non debet emptor ex conſequentia à venditore deducta lædi ultra dimidium VERI ac JUSTI pretii. Quapropter diſcurſus ita eſt formandus. Sicut venditor dicitur læſus, ſi pro re valente 100. minus dimidio JUSTI pretii ACCEPIT, & emptor DEDIT dimidio minus JUSTI pretii; ita viciſſim emptor erit læſus ultra dimidium, quando præter juſtum pretium dimidio plus JUSTI pretii DEDIT, & iſta eſt perfecta relatio inter datum & acceptum. Sanè, ſi placet adaptare verba finalia *cit. l. 2. C. de reſc. vend.* ad emptorem, quæ ſic ſonant: *Minus autem pretium eſſe videtur, ſi nec dimidia pars veri pretii ſoluta ſit*: ita erunt invertenda. *MAJUS autem pretium eſſe videtur, ſi ULTRA dimidiam partem VERI PRETII* (intellige præter verum pretium) *ſoluta ſit.* Qui mente à præjudicio vacua hæc cogitat (ita eodem, quo nonnemo alius, jure diſcurrere liceat) vix poterit diſſentire; Nam ita verè ſervantur mens & verba textûs, unà cum æqualitate inter venditorem & emptorem quoad juſtum pretium. Sed de his ſatis. Nec enim intendimus quidquam opinioni contrariæ velle derogare: Et nos illam laudamus, eſto noſtra præplaceat. Profectò in hac ſententia vix non obtinebunt rationes intellectum tempore præoccupantes, ita ut, ſi ullibi, certè hîc mundus ut diſputatin ni relictus.

Digitized by Google

TITULUS XXV.

De Locatione & Conductione.

EMptioni-Venditioni proxima eſt Locatio-Conductio, iisdémque (ferè) juris regulis conſiſtit; nam ſicut emptio-venditio contrahitur, ſi de pretio convenerit, ita locatio-conductio contrahi intelligitur, ſi merces conſtituta ſit, *pr. Inſt. h.* Locare autem nihil aliud eſt, quàm alteri locum in ſuo facere; Conducere eſt ſecum ducere, ſeu facere, ut res ſibi conducat, vel proſit. 1

Definitur communiter, quòd ſit *Contractus conſenſualis de rei uſu, vel operis perſonæ pro certa mercede concedendis.*

Alia eſt *Publica*, quâ prædium publicum, alia *Privata*, quâ prædium privatum locatur-conducitur. Prior id ſingulare habet, quòd, finito locationis tempore, in re illa ulteriùs locanda, primus conductor præferatur omnibus aliis, ſi eandem mercedem ſolvere paratus ſit, *l. 4. C. de locat. præd. civ. vel fiſ.* quæ prærogativa non obtinet in privata, niſi pluribus concurrentibus alteruter eorum eſſet ſocius, (a) qui haud dubiè extraneo præferreretur, *arg. l. 16. ff. de reb. auth. jud. poſſ.* juncta *l. 63. pr. ff. pro ſoc.* & ita judicatum refert *Stryk. U. M. O. h. t. §. 76.*

Alia rurſus *Scripta*, quæ nimirum exemplô emptionis-venditionis ad ſui valorem ex conſenſu contrahentium ſcripturam requirit: Alia *Non Scripta*, quæ, uti regulariter fieri ſolet, ſolo conſenſu perficitur, & ſcriptura tantùm probationis causâ adhibetur.

Alia iterùm *Perpetua*, quâ uſus rei in perpetuum: Alia *Temporalis*, quâ tantùm ad certum tempus conceditur. Neque cum quibusdam exiſtimes, locationem perpetuam tranſire in Emphyteuſin, quia in hac, uti mox infrà videbimus, transfertur jus aliquod in re, quod dominium utile vocamus, in hac verò, etſi perpetua ſit, tantùm uſus. *Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. n. 11.* (b) Nec juvat Adverſarios, quòd jus perpetuarium, & Emphyteuticarium confundantur in *l. 1. C. de off. Com. ſacr. Palat.* Nam tex-

(a) Vel Condominus, cui, uti ex recepta ſententia competit jus retractûs, ita in locatione ex æquitate jus prælationis erit indulgendum; Suppoſito, quod locatori nullum immineat præjudicium, vel incommodum fortè ideo timendum, quòd conſtet, condominum eſſe rixoſum, inquietum, aut difficilis conventionis, vel omninò non ſolvendo &c.

(b) Favet ulteriùs *l. 10. C. de locat. conduct.* ubi locatio tam temporalis, quàm perpetua ad hæredes tranſire dicitur. Nec obſtat *l. 1. §. unic. ff. ſi ager, vectig.* ubi conductori perpetuo datur actio in rem. Nam hoc nimium probat, cùm etiam de temporali idem dicatur in *l. 3. ff. eod.* hinc ly *conduxerunt*, debet latiùs ſumi, hoc ipſo, quòd rubrica non agat de locatione, ſed de agris vectigalibus, ſeu emphyteuticariis.

Digitized by Google

textus tantùm hoc evincit, quòd Emphyteuſis etiam vocetur jus perpetuarium, quatenus ſolet in perpetuum dari, non autem, quòd omne jus perpetuum ſit Emphyteuſis. Illud ultrò concedimus in dubio, utrùm ſit Emphyteuſis, vel locatio-conductio, prius dicendum, & ſupponendum, ſi in perpetuum uſus rei ſit conceſſus; poſterius verò, ſi ad tempus: Ita capimus reſponſum Ulpiani in *l. 1. §. 3. ff. de ſuperf.* quid ulteriùs interſit, vid. *Hub. ff. b. t. n. 3.*

Alia inſuper *Rerum*, quâ res, alia *Operarum*, quâ operæ perſonæ locantur. Operæ verò ſunt vel *Simplices*, quæ videlicet nullum opus poſt ſe relinquunt, quales ſunt operæ famulorum, vel *Prægnantes*, quæ poſt ſe opus relinquunt, ùt ſunt operæ artificum. In his videtur ſub diverſo reſpectu quilibet eſſe locator, quilibet conductor: Pone, me dediſſe aurifabro aurum, ut mihi annulum conficiat: Dixeris, me eſſe locatorem annuli, & conductorem operarum, aurifabrum autem conductorem annuli, & locatorem operarum. Eruunt differentiam hanc ex *l. 11. §. 3. l. 13. §. 1. & 3. l. 22. §. 2. ff. b.* Et fortè meliùs ex *l. 2. pr. ff. ad L. Rhod. de jact.* Ita cum aliis vult *Hopp. ad pr. Inſt. b. verſ. Eſt autem.* ubi docet actionem locati in ejuſmodi caſibus illi competere, qui contractui initium dedit. Verùm ſubtilitas eſt, cùm propriè in omnibus locationibus locator dicatur, qui mercedem accipit, & conductor, qui eam ſolvit. *Thomaſ. ad Hub. b. n. 9. Ludov. in Theſ. Jur. d. l. n. 3.* Ineptè ſiquidem aurifabrum annuli conductorem nuncupaveris, dum ille propriè loquendo Rei conductor dicitur, qui rem ad uſum (vix enim aliter conductionem Rei rectè concipies) habet, quod de aurifabro reſpectu annuli dici nequit.

Alia ulteriùs *Expreſſa*, quæ conſenſu expreſſo, alia *Tacita*, quæ tacito conſenſu contrahitur, ſeu potiùs renovatur, quod contingit, ſi finito locationis tempore, conductor, ſciente, & patiente locatore, in re conducta permaneat. Ex hac quippe taciturnitate, uſúque continuato cenſetur, locatio-conductio renovata. Sed ad quantum tempus? De prædiis ruſticis res eſt ſalva, quòd videlicet cenſeatur renovata ad annum, *l. 13. §. fin. ff. b.* etiamſi fortè ab initio ad longius tempus locatio fuerit inita, cùm prædia ruſtica tantùm ſingulis annis fructus ferre ſoleant, adeóque, ut renovatio effectum obtineat, ſufficit, vel opus eſt, ut ſaltem ad annum renovetur. In locatione prædiorum urbanorum verò ſub Judice lis eſt: Aliis enim ad tempus, quod priùs, & ab initio placuit, extendentibus, aliis contrà aſſerentibus, tamdiu cenſeri renovatam, quamdiu conductor habitaverit, ita, ut ſit in libertate alterutrius contrahentium, quandocunque libuerit à locatione recedere, addita ratione diver-

ſi-

Digitized by Google

ſitatis, quòd prædia urbana ſingulis momentis uſum præbeant, conſequenter ſufficiat, ſi de momento in momentum, prout nimirum conductor actu *habitaverit* (non, ùt alii cum laud. Hopp. *loc, citat.* exiſtimant, *habitare ſolitus fuit*) renovata cenſeatur. Ita explicant Ulpianum in *d.l.13.§.fin.ff.d.t.* ibi: *in urbanis autem prædiis alio jure utimur, ut, prout quisque HABITAVERIT, ita OBLIGETUR*, vid. inſuper *Berger in Theſ. Jur. n. 19.* In praxi vix erit difficultas; cùm ferè ubique ſint certa tempora præſtituta, ubi locationes-conductiones vel finiuntur, vel renovantur, vulgò die halb-viertl-oder alljährige Aufkündung. Unde ſi hodie domum ad quinquennium conduxeris, finitò autem quinquenniô, in domo permanſeris, cenſebitur locatio renovata, hic Salisburgi ad medium annum, weilen die halb-jährige Aufkündungen recipirt seynd. *Laud. Hopp. ibid. uſu hod. Addatur Voët.ff. h.n.10.*

Alia demum, ùt volunt, *Regularis*, quando juxta naturam contractûs id agitur, ut eadem res finito uſu reſtituatur. Alia *Irregularis*, ſi agatur, ut tantundem reſtituatur, hujus opinionis fuiſſe videtur Alfenus in *l. In navem Saufeii 31.ff.h.t.* Sed vix ſalvabitur ſubſtantia locationis, caſu, quo agatur de transferendo dominio, *arg. l.80.§.fin.ff. de contr. empt. vend. & §.4. Inſt. h.* Erit igitur in ejusmodi caſibus potiùs contractus innominatus, *arg.l.1.pr.ff. de æſtim. act.* Aut, quid vetat, ſi dicamus JCtum in *d.l.31.* ſupponere de caſu, quo v.g. aurum fabro datur, ut annulum conficiat. *Voët.ff.d.t.n.3.*

Cauſa efficiens Remota eſt jus gentium. Proxima contrahentes 2 Locator, qui uſum rei, vel operas pro certa mercede promittit, & conductor, qui viciſſim pro his mercedem ſpondet. Locare autem, & conducere poſſunt, qui aliàs contrahere, & contrahendo obligari. Neque excipitur conductor, qui poteſt rem conductam ad eundem uſum, quem habet, alteri locare, *l.48.pr.ff.h.t.* Nonnulli tamen ſpecialiter prohibentur, & quidem (I.) MILITES conducere prædia, ne à ſignis militaribus abſtrahantur, *l.31.C.de locat.conduct.* & CURIALES, *l.30. C.eod.* (II.) TUTORES, & CURATORES prædia fiſcalia, antequam rationes reddiderint, *l.49.pr. & §.1.ff.d.t.* quod in praxi non obtinere, ſi conſtet tutorem eſſe ſolvendo, teſtatur *Brunnem. ad d.l.n.2.* (III.) HABENTES *Artem ſtreperam*, ùt ſunt fabri, domos, & habitationes propè Univerſitates, ædésque Profeſſorum, *arg. deducto ex l. un. C. de ſtud. liberal. urbis Romæ & Conſtant.* ubi conſtitutum legitur, ut Profeſſoribus diſtincta, ac talia aſſignentur loca, *ne diſcipuli ſibi invicem* (ſunt verba textûs) *poſſint obſtrepere, vel Magiſtri, néve linguarum confuſio permix-*

mixta, vel vocum, aures quorumdam, aut mentes à ſtudio literarum avertat, vid. Brunn. ad d. L. n. 11. Deinde dato, hoc privilegium nulla expreſſa lege fundari, nulli tamen dubitamus, quin, ſi quid ſimile contingat, Judex imploratus ejusmodi conductiones ſit inhibiturus. Prohibita eſt etiam (IV.) Prælato locatio rerum Eccleſiaſticarum immobilium absque debitis ſolemnitatibus ad alienationem requiſitis ultra triennium, per *Extrav. Ambitioſæ de reb. Eccl. non alien. int. com.* Facta tamen ultra triennium valebit ſaltem ad triennium, *P. Engl de reb. Eccl. non alien. num. 12.* quia utile per inutile non debet vitiari, neque quoad triennium eſt contra formam juris. Limita, ſi ex circumſtantiis poſſit colligi, contrahentes non aliter voluiſſe contrahere, quàm ultra triennium, ùt, ſi res Eccleſiaſtica locuta fuiſſet ad decem annos, unicâ ſtatutâ mercede, v. g. mille florenorum pro toto decennio. Hic namque procedit regula, quod voluerunt, non potuerunt, quod potuerunt, non voluerunt.

3 Objectum locationis-conductionis ex unâ parte ſunt vel Res, vel Operæ locandæ, ex altera Merces, ſeu Penſio Annua. Locari poſſunt RES OMNES, quæ aliàs ſunt in commercio humano, ſive *propriæ*, ſive *alienæ*. *l. 9. pr. & §. 1. ff. h. t.* ſive *Mobiles*, ſive *Immobiles*, ſive *Corporales*, ſive *Incorporales*, puta ſervitutes, tum *Reales* ſaltem unà cum prædiis, quibus inhærent, non item ſeparatim, ita intellige Ulpian. in *l. 44. ff. eod.* tum *Perſonales*, *d. l. 9. §. 1. d. t.* Excipe uſum, qui terminatur ad indigentiam perſonæ, *§. 2. de uſu, & habit.* OPERÆ debent eſſe poſſibiles, honeſtæ, & pretio æſtimabiles. Dixi notanter: *pretio æſtimabiles*, unde excluduntur operæ ingenii, quæ non mercedem, ſed honorarium recipiunt, *l. 38. §. 1. ff. d. t. l. 1. §. 5. ff. de Extraord. Cognit.*

Merces debet eſſe (I.) vera, non ficta, ſeu ſimulata, *l. 20. §. 1. l. 46. ff. eod.* (II.) Certa vel abſolutè, vel relativè, *l. 25. pr. ff. d. t.* Hinc, ſi conventum fuerit, ut primùm poſt præſtitas operas merces ſtatuatur, non erit locatio-conductio, ſed contractus innominatus, per textum apertum in *§. 1. Inſt. h. l. 22. ff. de P. V.* (III.) Juſta, id eſt, uſui, vel operis proportionata, *vid. tamen l. 22. §. fin. l. 23. ff. h. t.* (IV.) Pecuniaria, *arg. l. 1. §. 9. ff. depoſ. & l. 5. §. 2. ff. de P. V.* aliàs enim erit contractus innominatus Do, ut Des, vel Do, ut Facias. *Hopp. h. ad §. 2.* Limita, ſi res frugifera locetur, ubi mercedis locô poſſunt fructus dari, *l. 35. in fin. ff. l. 21. C. h. t.* quo caſu Conductor vocatur Colonus partiarius, *d. l. 25. §. 6. ff. eod.* qui pro certa parte fructuum, v. g. tertia, vel quarta, fundum conducit, *Vinn. ad §. 2. h. n. 2.* Quale negotium multum participat de Societate, cùm damnum, ad utrumque contrahentium ſpectet.

Voët,

Digitized by Google

Voët.ff. h.n. 8. (a) Quòdſi & in his pecuniam præciſè deſideras, dici poterit, fructus dari locô mercedis pecuniariæ, de qua ſupponitur in *dd.tt.* ab initio fuiſſe conventum *laud. Vinn. ubi ſuprà.*

Forma conſiſtit in conſenſu de rei uſu, vel operis perſonæ pro certa mercede concedendis. Dicitur: *de rei uſu*, per quod differt ab emptione-venditione, in qua ex natura contractûs transfertur dominium, vel ſaltem conditio uſucapiendi. Neque dicas, etiam in locatione transferri dominium, veluti, ſi conveniam cum Architecto, ut ex ſua materia in meo ſolo ædificet, nam hìc transfertur dominium ex alio capite, ſcilicet, quia ædificium ſolo cedit, *§. 29. de R. D.* Minùs evincis ex *l. 55. ff. de O. & A.* ubi conductio videtur numerari inter contractus dominii translativos: nam, vel intelligitur de conductione irregulari, vel negatur ſimpliciter, cùm ſenſus tantùm ſit, quòd in omnibus contractibus debeat concurrere animus utriusque contrahentium. Accedit alia differentia, quòd in locatione merces debeatur ſucceſſivè, ſicut uſus ſucceſſivus eſt: econtrà in emptione-venditione pretium totum ſtatim debetur, eſto per diſtincta tempora ex conſenſu contrahentium præſtari poſſit. 4

Interrogas, num ſit locatio-conductio, aut emptio-venditio, ſi conveniam cum aurifabro (& ſic de aliis) ut mihi annulum conficiat? Si conventum fuit, ut ex meo auro conficiat, erit locatio-conductio; ſi ex ſuo, emptio-venditio, *§. 4. h. arg. l. 2. §. 1. ff. eod.* quia, ut ſit locatio-conductio, debet operas ſuas præſtare ex mea, non ſua materia. *Hopp. ibid.* Dictum fuit: *pro certa mercede*, per quod differt à Mandato, vel Commodato, quæ gratis fiunt.

Effectus Proximus eſt obligatio, tum locatoris, tum conductoris utrinque principalis. Locator Rerum obligatur imprimis ad tradendum conductori liberum rei uſum, ita, ut inter duos, quibus res ab eodem locata fuit, præferatur ille, cui fuit tradita. Uti enim in emptione-venditione præfertur, cui eſt facta traditio, quia habet jus in re, *l. 15. C. de R.V. l. 6. C. de her. vel act. vend.* ita hic præfertur, cui eſt tradita, quia habet uſum. *Voët. ubi ſuprà n. 15.* Obligatur ulteriùs ad expenſas in rem (non uſum) factas tamen utiles, quàm neceſſarias reſarciendas, *l. 55. §. 1. l. 61. pr. ff. h. t.* Nec non, ſi rem vitioſam locaverit, & exinde conductor damnum ſenſerit, ad damnum illud reſarciendum, *vid.* 5

Cc *l. 19.*

(a) Quid ſi non de certa quota fructuum naſciturorum v. g. de tertia parte; ſed de certa quantitate (pone ſingulis annis 10. modios) conventum ſit? vix negari poteſt, ejusmodi locationem deflectere aliquatenus à natura propriæ locationis, & accedere quodammodò ad contractum innominatum Do, ut Des, ita tamen, ut non detur locus pœnitentiæ. Ratio aſſerti eſt: quia datur ſpecies pro ſpecie, quarum una nihilominùs ſubintrat locô mercedis.

l. 19. §. 1. ff. d. t. Locator operarum tenetur ſimiliter ad operas debito tempore præſtandas. Quid, ſi non præſtet? Si ex ſua culpa, tenetur conductori ad intereſſe, *arg. §. ult. de V. O.* ſi ex culpa conductoris, jus habet integram mercedem petendi: Ita Ulpianus in *d. l. 19. §. 9.* nec non mens Scævolæ *l. pen. §. 1. ff. h. t.* & ita intelligendus eſt Paulus in *l. 38. pr. ff. eod.* Idem eſſe dicendum, poſt alios exiſtimat *P. Engl. d. t. n. 8.* etſi locator caſu fuerit impeditus ad operas præſtandas: quæ ſententia tamen ex eo non minùs ſuſpecta, quàm dura videtur, quia locator rerum, ſi caſu impediatur ad uſum rei præſtandum, mercedem petere haud poteſt, *d. l. 19. §. 1. l. 33. verſ. nam, etſi colonus. ff. d. t.* Accedit, quod, ſicut res perit ſuo domino, ita & operæ. Ajunt quidem, in locatione operarum mercedem dari propter obligationem præſtandi operas, quandocunque conductori placuerit; in locatione rerum econtra propter actualem uſum. Verùm, an hoc non ſit petere principium, aliis cogitandum relinquimus: nobis interim certum eſt, fruſtraneam conductori, qui etiam præſtationem operarum, vel maximè reſpicere cenſetur, fore obligationem, quæ non poteſt redigi in actum, hinc vix æqua fronte locator pro ea mercedem exiget. (a) Quòdſi obtendat, penès ſe non ſtetiſſe, quò minùs præſtaret, idem viciſſim audiet à conductore, caſum ſibi nocere non poſſe, unde melior erit conditio poſſidentis. Jungatur argumentum *l. 15. §. 6. ff. h.* ubi repeti dicitur poſſe merces, *cùm nave amiſſa munere vehendi* (locator) *functus non ſit. Voët. ibid. n. 27.* Num hæredes teneantur ſtare locationi? Tenentur, & quidem tam in locatione rerum, quàm, per ſe loquendo, operarum: id quod tum ex *§. fin. h. & l. 10. C. eod.* tum ex regula generali, quòd hæres teneatur præſtare factum defuncti, ſatis conſtare videtur. (Limita, ſi reſtricta ſit ad beneplacitum locantis, *l. 4. ff. d. t.*) Neque moramur verba Labeonis in *l. 60. §. 1. ff. h. Heredem Coloni* (inquit) *QUAMVIS COLONUS NON EST, NIHILOMINUS DOMINO poſſidere exiſtimo.* Nam non ſunt reſtrictiva, ſed ampliativa, vult enim dicere, quòd domino poſſideat, etſi fortè Colonus non ſit, dum mu-

(a) Hìc (inquies) debere ſpectari principaliter obligationem, luculenter patet ex deciſione D. Severi relata ab Ulpiano in *l. 1. §. 13. ff. de extraord. cognit.* ubi prohibetur repeti annua merces advocato ſoluta, ſi intra annum mortuus fuerit. En quod caſus locatori etiam contingens ei non noceat. Verùm textus imprimis non loquitur de ſolutione, ſed retentione fortè ideo, quia culpa deficiente melior eſt conditio poſſidentis. Accedit, quòd in Advocatis ſit quid ſpeciale, quod detur ſalarium præciſè pro ſuſcepta obligatione præſtandi in quacunque caſus contingentia patrocinium; & quidem ita, ut pro actuali patrocinio diſtinctum ſalarium ſolvi debeat; primum quippe ſalarium, quod vocant Beſtallung, indiſtinctè ſine actuali labore pendi debet. Facit inſuper, quod ſi juxta opinionem contrariam caſus locatori contingens noceret conductori, iſte & ſuum caſum & alterius ſuſtinere deberet.

Digitized by Google

mutuo conſenſu, tempore, vel alio modo locatio ceſſavit. *Cocc. h. t. contr. 19.* Limita ulteriùs in locatione operarum, ubi, ſi ſit electa, ùt non rarò fieri ſolet, perſonæ induſtria, conductori à locatione recedere permiſſum erit, *arg. §. 5. de ſociet.*

Conductor ſive rerum, ſive operarum obſtringitur ad ſolvendam mercedem, & (mora interveniente) uſuras, *l. 27. §. 1. ff. l. 17. C. h. t.* Quid, ſi ſterilitas emergat? Dico: *emergat*, nam, ſi ſit ordinaria, debet ſibi imputare conductor, quòd prædium ſterile conduxerit, *l. 15. §. 2. ff. eod.* Si igitur ab extrinſeco proveniat, & tanta ſit ſterilitas, quæ agrum ita afflixit, ut neque fuerit compenſata per annos præteritos, neque ſpes probabilis affulgeat, ut compenſanda ſit per futuros, remittendum eſt arbitrio boni viri de penſione: ſecùs, ſi ſit modica: *modicum enim damnum æquo animo ferre debet Colonus, cui immodicum lucrum non aufertur,* uti ratiocinatur Gajus in *l. 25. §. 6. ff. d. t. vid. l. 15. §. 2. & 4. ff. eod.* Afferuntur caſus apud *Voët. d. l. n. 24.* (a) Dictis non obſtat, quòd de Canone ob ſterilitatem etiam notabilem nihil remittatur, vel, quòd, perfecta emptione, periculum ſit emptoris, ergo etiam conductoris; Nam annuus Canon non ſolvitur propter fructus, ſed in recognitionem dominii directi, *Zoëſ. ff. d. t. n. 88.* Conductor inſuper non fingitur (nec enim poſſet, cùm locatio-conductio non ſit contractus tranſlativus dominii) dominus, uti emptor. Neque etiam officit, quòd non augeatur merces ob fertilitatem pariter notabilem; Siquidem locator hic certat de lucro captando, econtrà conductor, dum agit ad remiſſionem mercedis, certat de damno vitando, debuit enim agrum colendo expenſas facere. Poteſt tamen locator, eveniente poſtea fertilitate, mercedem priùs remiſſam, petere, per textum apertum in *d. l. 15. §. 4. ff. h. t. Hub. h. t. n. 11. P. Engl d. l. n. 6.* Aliter eſt diſcurrendum, ſi caſus contingat, fructibus jam perceptis: hic quippe haud dubiè nocet conductori, utpote, qui percipiendo, factus eſt fructuum dominus, *arg. l. 7. ff. quib. cauſ. pignor. vel hypoth. tacit. contr.* res autem perit ſuo domino, *l. 9. C. de pignor. act.* Obſtringitur conductor ulteriùs ad damna vel dolo, vel culpa data reſarcienda. Præſtatur autem ab utroque culpa levis, *l. 5. §. 2. ff. comm. l. 23. ff. de R. J.* Ratio vulgaris, & de ſe nota eſt, quia uterque ſentit commodum. Neque terret authoritas vel Triboniani in *§. fin. h. t.* ibi: *ab eo* (conductore) *cuſtodia talis deſideratur, qualem DILIGENTISSIMUS paterfamilias*

Cc 2 *ſuis*

(a) V. G. edacitas locuſtarum violentia tempeſtatis, vis fluminis, incurſus hoſtium. *d. l. 15. §. 2.* immoderatæ nives *l. 78. §. fin. ff. de contr. empt.* Incendium, de quo ita reſcriptum legitur in *d. l. 15. §. 3. Si prædium coluiſti, propter caſum incendii repentini non immeritò ſubveniendum tibi* (conductori) *eſt.*

ſuis rebus adhibet, vel Gaji in *d. l. 25. §. pen. ff. eod. Culpa autem*, inquit, *abeſt*, *ſi omnia facta ſunt*, *quæ DILIGENTISSIMUS quiſque obſervaturus fuiſſet*. Nam textus hi ſunt intelligendi, vel de caſu, ubi ita fuit conventum: ibi in *§. fin. Conductor autem omniä ſecundùm LEGEM* (id eſt, conventionem, Hopp. *b.*) *conductionis facere debet:* aut de illis rebus locatis, quæ ſine diligentia exactiſſima tractari nequeunt: *Laud. Hopp. ibid.* Alii ſumunt ſuperlativum pro poſitivo, quod pro conciliandis textibus quandoque permiſſum eſſe, per exempla deducit *Vinn. ad b. §. num. 2.* (a) Adeſt præterea adhuc unus vel alter caſus, ubi culpa leviſſima præſtari debet, videlicet, ſi conductor pro cuſtodia mercedem acceperit, *l. 40. ff. eod.* vel artem profiteatur, *l. 9. §. pen. ff. d. t. juncta l. 8. ff. ad L. Aquil. Voët. ibid. n. 30.*

Effectus Remotus eſt actio locati conducti, utrinque directa. *Locati* competit locatori, ejúſque hæredibus, contra conductorem, ejúſque hæredes, ut obligationi ſuæ ſatisfaciat, id eſt, mercedem ſolvat, præſtétque id, quod præſtari æquum eſt; *Conducti* competit conductori, & hæredibus contra locatorem, & hæredes, ut uſum rei, vel operas præſtet, adeóque pariformiter, ut obligationi ſuæ ſatisfaciat. Eſt utraque Perſonalis, Civilis, Rei-perſecutoria, Bonæ Fidei, Perpetua.

6 Locatio-conductio quandoque finitur ipſo jure, quandoque competit alterutri contrahentium facultas reſiliendi, altero etiam invito. Ipſo jure ceſſat mutuo conſenſu, ſicut mutuo conſenſu fuit inita, *arg. l. 35. ff. de R. J.* Item finito tempore, ad quod fuit conrracta, & demum reſoluto jure locatoris, etſi fortè ad longius tempus fuerit inita, quia reſoluto jure dantis, reſolvitur & jus accipientis, uti habetur notabilis caſus de fundo dotali, à marito locato, in *l. 25. §. fin. ff. ſolut. matr.* Facultas reſiliendi competit locatori. (I.) Si conductor intra biennium mercedem non ſolvat, *l. 54. §. 1. l. 66. ff. b. t. c. 3. verſ. verùm invito. eod.* (II.) Si locator præter opinionem re locata indigeat, *l. 3. C. d. t.* vel (III.) ipſa res locata refectione opus habeat, quibus caſibus tamen tenetur remittere pro rata temporis penſionem, *l. 30. pr. & 35. pr. ff. eod.* aut (IV.) conductor in re locata (notabiliter tamen *arg. l. 27. ff. d. t.*) malè verſetur, eam corrumpendo, *d. l. 3. C. b. t.* vel eâ turpiter abutatur, exercendo fortè lenocinia, recipiendo perſonas inquietas, v. g. ùt habet *Hopp. ad pr. b. in fine.* ſtudioſos cantando, aut fiſtulando, aliis moleſtos, *nov. 14. c. un.*

(a) Sic è contrario poſitivum ponitur pro ſuperlativo in *l. 5. § 5. ff. comm. §. 2. quib. mod. re contr. oblig.* quod inſuper apparet ex collatione *l. 18. pr. ff. commod. & l. 1. §. 4. ff. de O. & A.* Cæterùm præſtari tantùm culpam levem evidenter patet ex *l. 3. §. 1. ff. naut. caup. ſtab.*

Digitized by Google

c. un. §. 1. Datur etiam reſiliendi facultas conductori. (I.) Si re uti frui non poſſit, puta ædium lumina per novum vicini ædificium fuerunt obſcurata, oſtia, vel feneſtræ corruptæ, nec reſtitutæ, *d. l. 25. §. 2. ff. d. t.* (II.) Si ſubſit metus ruinæ, hoſtium, aut latronum impetus, *l. 13. §. 7. l. 34. ff. eod.* (III.) Si ædes à ſpectris, aut lemuribus infeſtentur, *arg. l. 27. §. fin. ff. h. t. Hub. ubi ſup.* (quidquid contra arbitretur ejus Scholiaſtes) *D. D. Franz b. n. 38.* Quid, ſi res locata vendatur? Poteſt quidem locator vendere, ita tamen, ut, ſi emptor, re tradita, conductorem jure dominii, vel quaſi, prout (non tamen intempeſtivè nimis, & velut Jovis ictu perculſum, *arg. l. 17. §. 3. ff. commod.*) poteſt, *l. 9. C. b.* expulerit, teneatur eidem ad intereſſe. vid. *l. 25. §. 1. & l. 32. ff. eod.* Speciale quid eſt in emptore rei fiſcalis, qui tenetur ſtare locationi à Fiſco factæ, *l. ult. ff. de jur. fiſc.* ne Fiſcus teneatur colono ad intereſſe. *Voët. ff. d. t. n. 19.* Idem dicendum de emptore neceſſario, puta creditore, *vid. l. 8. §. 1. ff. de reb. auth. jud. poſſ. Theſ. Jur. b. n. 112.* Quid, ſi emptor locationi ſtare velit, num conductor ad eam usque ad tempus initum continuandam cogi poſſit? Non poteſt: ſicut emptor, aliíque ejusmodi ſucceſſores particulares cogi nequeunt à conductore, ita conductor ab aliis viciſſim non eſt cogendus, vid. *l. 32. pr. ff. h. t. & ibid. Voët. n. 23.* Limitandum foret, ſi locator in venditione caverit, ne emptor poſſit conductorem expellere, hic quippe ceſſaret ratio allegata, imò pugnaret contraria.

Sunt quædam ſpecies locationis, quæ alio nomine efferri ſolent, 7
& quidem Primò contractus SOCIDÆ, quo oves, vel alia pecora, certô pretiô æſtimata, ea lege conceduntur ad uſum, ut mercedis locò certa quantitas de lacte, caſeo, vel butyrô ſolvatur. Eſt veriſſima locatio, niſi pecora æſtimentur venditionis causâ, ut dominium tranſeat in conductorem, tunc enim tranſit in contractum innominatum. Secundò eſt ADMODIATIO tam *Impropria*, qua reditùs omnis generis, ad Provinciam non ſpectantes, pro certa penſione locantur, quàm *Propria*, qua reditus alicujus Provinciæ æſtimantur, & conductori pro certa mercede percipiendi conceduntur. Tertiò eſt AFFICTUS ab Italico *dare à fitto*, quod idem eſt, ac locare, deſumptus, quo fundus ad certum tempus pro certa mercede. Eſt rurſus veriſſima ſpecies locationis. Quartò eſt contractus LIBELLARIUS, quo res alicui venditionis jure conceditur ſub obligatione certam levem penſionem quot annis in perpetuum ſolvendi, & contractum poſt aliquod tempus cum numeratione certi, vel arbitrarii pretii, poſſeſſore non mutato, renovandi, iſte contractus magis accedit ad venditionem, & obtinet vel maximè; ſi emptor non poſſit ſtatim exſolvere. *Stryck. V. M. P. b. §. 40.*

Digitized by Google

APPENDIX
De Emphyteuſi.

8 TAnta eſt inter emptionem & venditionem, locationem - conductionem, & Emphyteuſin affinitas, ut apud Veteres fuerit maximè dubitatum, & à quibusdam hoc negotium ad emptionem, quia jus perpetuum in accipientem transfertur, à quibusdam ad conductionem, quoniam dominium (directum) manet penès concedentem, & ſolvitur penſio, quæ eſt propria locationi. *Vinn. ad §. 3. h. n. 1.* reducendum eſſe, exiſtimaretur, uti teſtatum facit ipſe Juſtinianus *in §. 3. h.* Idcirco non incongruè his duobus contractibus ſubnectitur. Sumitur autem Emphyteuſis, quæ à Græco in Latinum translata, idem eſt, ac Implantatio, Inſitio, tanquam agriculturæ ſpecies principalis, in vernacula, ein Erb-Recht, Erb-Zinß, Erb-Lehen, Bauren-Lehen, Erb-Lehen, Erb-Beſtand, Urbar-Gut, tripliciter, *efficienter*, ſeu formaliter, ſcilicet pro contractu, *objectivè* pro re, quæ conceditur, & *effectivè* pro jure, ſeu dominio utili, quod in Emphyteutam, mediante contractu, (a) ſecutáque traditione, transfertur. Nobis, juxta filum doctrinæ, conſideranda eſt in ratione contractûs, & definiri poteſt, quòd ſit *Contractus conſenſualis de re immobili, vel æquipollenti ea lege, unà cum dominio utili transferenda, ut in recognitionem dominii directi annuus canon ſolvatur.* Dixi notanter: *unà cum domino utili*, traditur enim hic jus utendi fruendi non formale, & ùt eſt ſpecies ſervitutis perſonalis, ſed cauſale, ùt eſt ſpecies dominii, ſeu, ùt quidam volunt, jus in re dominio proximum, *l. 1. §. 1. ff. ſi ager vectig.* Dixi ulteriùs: *ut annuus canon ſolvatur.* Hic enim eſt de ſubſtantia Emphyteuſis, facitque, illam differre ab omnibus aliis contractibus, & ſpecialiter à locatione-conductione, ubi ſolvitur merces propter fructus, ſeu uſum, Canon verò præciſè in recognitionem dominii directi, ita, ut nullatenus debeat eſſe uſui proportionatus.

9 Alia eſt ECCLESIASTICA, in qua res ad Eccleſiam ſpectans utenda, fruenda, & SÆCULARIS, in qua res ſæcularis conceditur. Textus eſt in *l. 14. §. fin. C. de SS. EE. Auth. perpetua. eod.* Alia PERPETUA, quæ ſine temporis limitatione (prout iſte contractus ex ſua natura exi-

(a) Non tamen exiſtimes; velim jus hoc tantùm acquiri mediante hoc contractu; cùm certum ſit, omnibus modis, quibus aliàs dominium transfertur, obtineri poſſe etiam jus emphyteuticum: hinc poterit hoc jus donationis, permutationis, venditionis, aut legati &c. titulo transferri. Quòdſi iſte contractus in ſe conſideretur, conſiſtit in conſenſu de dominio utili transferendo ſub obligatione præſtandi annuum canonem. *Stryck. U. M. P. ſi ager Vectig. §. 2.*

Digitized by Google

exigit, *§.3.b.)* contrahitur. Num etiam Emphyteuſis Eccleſiaſtica hujus ſit naturæ, ut cenſeatur in perpetuum conſtituta? Quamvis etiam Eccleſiaſtica poſſit in perpetuum conſtitui, *nov. 120. c.5. & 6.* contendit nihilominùs *P. Engl h.t.n. 14.* perſonam acquirentis, vel ſaltem tertiam generationem non egredi, niſi mentio perpetuitatis facta ſit, & in hoc ſenſu adhuc obtinere, ait, *nov. 7. c.3.* Alia TEMPORALIS, quæ ad certum tempus, vel ad certum numerum perſonarum, aut generationum reſtricta eſt, *d. nov. 120. c. 5. & 6.* Alia *Hæreditaria*, quæ tranſit ad omnes hæredes, qualis in dubio præſumitur. Nomine enim hæredum, quibus præſumitur contrahens velle proſpicere, *l. 13. C. de contr. & committ. ſtipul.* veniunt etiam hæredes extranei, *arg. princ. & §. ult. de hær. qual. & diff.* Alia FAMILIARIS, ſeu GENTILITIA, in qua tantùm admittuntur, qui ſunt de familia ultimi poſſeſſoris, ſeu filii &c. etſi hæredes non fuerint, id eſt, abſtinuerint ab hæreditate paterna. *Magn. P. König ad h. tit: n. 31.*

Cauſa efficiens Remota eſt Jus gentium, cùm non ſolùm apud Ro- 10
manos, ſed etiam alias gentes recepta fuerit. Scribit enim Ariſtot. *lib. 2. Oeconom.* Bizantios, cùm, exhauſtô ærariò, pecuniis indigerent, fundos publicos certa mercede locâſſe, fertiles ad tempus, ſteriles in perpetuum. Hinc à vero aberrant, qui originem hujus contractûs Zenoni Imperatori adſcribunt; ſiquidem hunc contrahendi modum jam ante Zenonem extitiſſe, patet ex ipſo *§. 3. h.* quem pro opinione ſua firmanda adducunt; Zeno itaque nullatenus hunc contractum quoad ſubſtantiam invenit, ſed eum, qui priùs ſub emptione, & conductione latebat, quaſi grana ex ſpicis excutiens, detexit, meliúsve declaravit, atque explicuit, quomodo differat ab emptione-venditione, ac locatione & conductione, deditque ei naturam, atque appellationem diſtinctam, quæ antea ſub obſcuro involuta erat, *l. 1. C. de jur. emphyteut.*

Cauſa efficiens Proxima ſunt contrahentes, qui nimirum aliàs contrahere, & contrahendo poſſunt alienare, *arg. l. ult. C. de reb. alien. non alien.* Hinc excluditur Prælatus Eccleſiaſticus, qui rem in Emphyteuſin dare nequit ſine debitis ſolemnitatibus ad alienationem rerum Eccleſiaſticarum requiſitis, *c. 5. de reb. Eccl. non alien.* niſi ab antiquo fuerit res in Emphyteuſin dari ſolita, *c. fin. de feud. Extrav. Ambitioſæ de reb. Eccl. non alien. int. com.*

Objectum ſunt Res, quæ poſſunt in Emphyteuſin dari ex una-ex 11
altera parte eſt annuus Canon. Res, quod attinet, debent eſſe *Immobiles*, quia in rebus mobilibus vix poterit dominium directum ab utili ſeparari, dum, ſi frugiferæ ſint, per uſum, aut unico mox actu, aut ſucceſ-

Digitized by Google

ceſſivè conſumuntur. Et quidem, ſi originem ſpectemus, tantùm *ſteriles* ad culturam redigendæ; cùm enim nemo vellet modo ordinario prædia ſterilia conducere propter ſumptus in illa faciendos, fieri neceſſe erat, ut darentur in perpetuum modica penſione in recognitionem dominii directi ſtatuta, *cit. Vinn. ubi ſupra n. 2.* Dicebantur Romanis Agri vectigales, quos populus Romanus permiſerat Municipiis, ut ex eorum reditibus municipiorum ſuſtinerentur onera, Sacra peragerentur, ædes publicæ ſartæ, tectæque ſervarentur, uti deſcribit ex Burmann. Heinec. *Antiq. Rom. lib. 3. tit. 23. §. 9. litt. b. & §. 13.* atque de his agere, dicit, Rubricam, *ſi ager vectigalis.* Poſtea verò etiam fertiles in Emphyteuſin dari cœperunt *nov. 7. c. 3. §. 2. nov. 120. c. 1. per tot.* Id, quod praxis quotidiana confirmat. Nec intereſt, utrùm ſint prædia ruſtica, vel (ſaltem ſucceſſu temporis, *vid. Hub. ff. ſi ager vect. n. 2. circa fin. Thom. ibid.*) urbana v.g. ædes *l. 15. §. 26. & 27. ff. de dam. inf.* CANON poteſt conſiſtere in re qualibet, adeóque non tantùm, ùt aliqui volunt, in pecunia numerata, ſed etiam in re alia v.g. vino, tritico, ovo, gallina, aliáque re quamvis (ùt olim propter onus meliorationis rerum ſterilium plerumque fiebat) minima.

12 Forma ſtat in conſenſu de re immobili pro annuo canone in recognitionem dominii directi tradenda. Neque, veluti rurſus non pauci exiſtimant, opus eſt ſcripturâ *arg. d. §. 3. b.* hoc ipſo, quòd ſit venditioni atque locationi perſimilis. Fit equidem ſcripturæ mentio in *l. 1. C. de jur. Emphyt.* ibi: *pactionibus, ſcripturâ interveniente, habitis,* ſed non eo ſenſu; ut requiratur ex natura contractûs, ſed ex libera contrahentium voluntate, & probationis tantùm causâ. Neque dicas, illa verba, *ſcriptura interveniente,* debere in conditionem reſolvi, *arg. l. 109. ff. de C. & D.* Nam hoc abſolutè falſum eſſe, patet ex ipſo textu, cùm ibi dicatur Emphyteuſin contrahi, *pactionibus habitis,* nec tamen licet inferre, debere Emphyteuſin per pactiones conſtitui, dum etiam aliis modis, ſcilicet per actus ultimæ voluntatis, conſtitui, vel per præſcriptionem acquiri poſſe, nemo negat. Dices; ſaltem ad Eccleſiaſticam neceſſaria erit ſcriptura, *l. 14. §. ult. C. de SS. EE. nov. 7. in fin. præf.* Ita eſt, ſed non, ùt eſt contractus, ſed, ùt ſpecies alienationis, quatenus ad omnem alienationem rerum Eccleſiaſticarum ſcriptura requiritur, ad mentem *c. 1. de his, quæ fiunt à Prælat. ſine conſ. Cap.* In praxi attendendum erit ad locorum conſuetudines, quibus, ſi ullus alius, iſte contractus vel maximè regulatur.

13 Effectus hujus contractûs proximus eſt obligatio, tum concedentis, tum accipientis: Concedens obligatur ad rem unà cum dominio uti-

Digitized by Google

utili transferendam, ſactâque traditione, ad liberum ejus uſum relinquendum, ad damna dolo vel culpa lata, ac levi (tradendo fortè rem vitioſam) data, reſarcienda. Accipiens, ſeu Emphyteuta obligatur (I.) non tantùm ad re ſibi conceſſa utendum arbitriô boni viri, atque ad damna dolo vel culpa lata, vel levi, *arg. l. 5. §. 2. ff. commod.* data, reſarcienda, ſed etiam ad illam meliorandam, *l. 2. C. de jur. Emphyt.* qui eſt finis primarius, atque originarius. (II.) Ad annuum Canonem, vulgò Stifft-Grund-Dienſt, jährliche Gült, ſolvendum, *d. §. 3. b. d. l. 2. C. de jur. Emphyt.* Neque remittitur ob ſterilitatem, *l. 1. C. d. t.* quia ſolvitur in recognitionem dominii directi, ſoletque de jure in parva aliqua re conſiſtere. Quòd ſi, uti hodie fieri amat, in majori quantitate conſtitutus ſit, ut fructibus correſpondeat, abſque dubio erit ex æquitate facienda remiſſio, uti ſuadet *Gail. 2. obſ. 23. n. 24.* Obligatur (III.) ad ſolvendum laudemium, vulgò die Anlait, An- oder Zu-Fall, quod de jure eſt, quinquageſima pars pretii von Hundert zwey, ſi novus ſit Emphyteuta ad Emphyteuſin admiſſus, *l. ult. C. de jur. Emphyt.* Hodiernis moribus tamen in plerisque locis laudemium ad 5. pro centum auctum eſſe, teſtatur *Stryck. V. M. P. ſi ager vectig. §. 12.* Dixi, ſi novus ſit *Emphyteuta*, ſecus, ſi mutetur dominus directus, *d. l. ult. propè fin. C. de jur. Emphyt.* quod praxis rurſus multis in locis mutavit, dum laudemium etiam, ſi mutetur dominus directus, ſolvendum eſt. (a) Obſtringitur (IV.) ad rem, finito tempore, ſalvam, & integram cum omnibus acceſſionibus reſtituendam, *d. l. 2. C. eod.* Ita, ut non poſſit deducere expenſas,

(a) Ratio cur ſolvi debeat laudemium, non eſt ſolùm, quia dominus directus præſtitit conſenſum ad alienandum, ſed etiam quia dominus debet vel emphyteutam novùm in poſſeſſionem mittere, vel ipſe pretio, quod alter dare paratus eſt, ſoluto, emere, uti ſat clarè colligitur ex *d. l. 3. C. de jur. emphyt.* Hinc probabiliùs ſolvendum eſt etiam in iis caſibus, ubi fortè ex ſpeciali privilegio, vel conventione, conſenſu domini non eſt opus, dummodo immiſſio fiat, ſeu inſtrumenta (Kauff-Briefe, oder Notl) expediantur. Hic ulteriùs notandum, quòd de jure communi hæredes emphyteutæ ſive ſui ſint, ſive extranei, utpote in prima conceſſione jam comprehenſi, hoc ipſo, quòd detur hæreditariè Erb-rechtlich ad laudemium ſolvendum non ſint obſtricti. Hodiernis tamen moribus contrarium obſervari teſtantur paſſim, docétque quotidiana praxis, ita quidem, ut qualibet mutatio poſſeſſoris obligationi præſtandi laudemium ſit obnoxia.

Quid ſi fiat retrovenditio, ex prævio pacto? Solvendum eſt laudemium, quia eſt nova alienatio. Neque dicas, eſſe prioris alienationis reſolutio ex pacto ſubſecuta. Nam & falſum eſt, & nimium probaret, ſequeretur enim, quod neque ex prima venditione debeatur laudemium, cùm res ſe haberet, ac ſi contractus iſti nunquam fuiſſent initi. Nec obſtat, quòd non ſit opus novo conſenſu, quatenùs dominus directus jam priùs in pactum conſenſit; nam ſaltem opus eſt nova immiſſione, & conſenſit quidem, ſed juxta naturam contractûs.

ſas, quas in meliorationes fecit, quia ex natura contractûs ad eas tenebatur. Limita, ſi planè fuerint extraordinariæ, *vid. d. nov. 7. c. 8. d. nov. 120. c. 8. Hub. ff. ſi ager vectig. n. ult. in pr.* Obſtringitur denique (V.) ad domino directo offerendam prærogativam emendi, ſi velit rem emphyteuticariam vendere, dominúſque directus tenetur, ſe intra duos menſes declarare, num velit eo pretio, quod extraneus ſolvere paratus eſt, emere. Quòdſi non fecerit, poteſt Emphyteuta, finito bimeſtri, liberè ad venditionem tranſire, *d. l. ult. C. eod.* Hæc tamen prærogativa domino haud competit, caſu quo Emphyteuta velit rem donare, vel legare, quia hoc nullibi legitur: Et quisnam eſſet dominus ita liberalis, ſeu generoſus, qui donationem repudiaret? Accedit, quòd in donatione habeatur vel maximè affectus perſonarum, non item per ſe loquendo in venditione, cùm mihi perinde ſit, num pretium ab hoc, vel illo, habeam, conſequenter in pari cauſa melior utique eſſe debet conditio domini directi.

Interrogas, num Emphyteuta in aliis alienationibus debeat ſaltem adhibere conſenſum domini directi? Affirmatur cum veriori ſententia, quia domini vel maximè intereſt, ſcire, quemnam habeat Emphyteutam, magis ad meliorandum habilem, vel inhabilem. Accedit textus ſatis clarus in *d. l. ult. C. eod.* ubi Imperator ad Veterum dubitationem, utrùm liceat cum domini conſenſu meliorationes ſuas, quæ græco vocabulo Εμπονυματα dicuntur, alienare (quod verbum generale eſt) vel Jus Emphyteuticum in alium transferre, ita reſolvit, *minimè licere Emphyteutæ meliorationes ſuas alii vendere, vel Jus Emphyteuticum TRANSFERRE.* Et hanc ſententiam, ùt veriorem, defendit *Zoeſ. ff. locat. n. 95.* cum aliis paſſim. Contradicit *Voët. ff. ſi ager vectig. n. 24. & 25.* Movetur per textus in *l. 16. §. fin. ff. de pign. act. l. 31. ff. de pig. & hypoth.* ubi Emphyteutæ, nulla ejusmodi conſenſûs mentione facta, permittitur conſtitutio pignoris. Item alienatio, & legati relictio indiſtinctè pronuntiantur validæ in *l. 219. ff. de V. S.* & in *l. 71. §. fin. ff. de leg. 1.* Verùm hi textus debent interpretari per *d. l. ult. C. de jur. Emphyt.* cùm expreſsè non excludant conſenſum, atque aliunde generi per ſpeciem derogetur. Reliquæ rationes Voëtii tam momentoſæ non videntur ut tantum virum movere debuiſſent.

Effectus remotus eſt Actio Emphyteuticaria, Perſonalis, utrinque directa, qua contrahentes invicem agunt, ut quilibet obligationi ſuæ, ex contractu ortæ, ſatisfaciat. Dixi: *Perſonalis:* Non enim hic ſermo nobis eſt de actione emphyteuticaria, quæ oritur ex dominio utili, competítque Emphyteutæ, ejúsque hæredibus contra quemcunque rei poſſeſſorem, ad rem vindicandam, hæc quippe realis eſt, cùm oria-

oriatur ex jure in re, quod mediante traditione (non nudo conſenſu, ùt quidam perperam docent, *vid. Vinn. l. cit. n. 4.*) in Emphyteutam transfertur; ſed de illa, quæ naſcitur ex ipſo contractu, datúrque inter contrahentes, & eorum hæredes.

Contraria ſunt modi, quibus Emphyteuſis ſolvitur. Solvitur autem (I.) lapſu temporis, vel extincta generatione, ad quam fuit reſtricta, *l. 1. §. 1. l. ult. ſi ager vectig.* (II.) Totali (non partiali, *§. 3. b.*) rei interitu, *l. 1. C. de Jur. Emphyt.* (III.) Alienatione facta, ſine conſenſu domini, ſæpè *d. l. fin. C. de jur. emphyt.* Parte alienata, tantùm illa amittitur, *arg. 2. feud. 38. Brunn. ad d. l. ult.* quia pœna non debet excedere delictum. (IV.) Culpoſa rei deterioratione, *d. nov. 120. c. 8.* (V.) Solutione Canonis in Emphyteuſi Eccleſiaſtica ultra biennium, *c. f. de locat. cond.* in ſæculari ultra triennium, *l. 2. C. de jur. Emphyt.* protracta. Idem dicendum, ſi non præſtiterit *apochas publicarum functionum*, id eſt (ùt ait *Hub. ſi ager vectig. n. 12.* pro tumore eloquentiæ Tribonianeæ) ſi tributa fundi perinde, ac penſionem, ſeu Canonem publico non ſolvat, *d. l. 2.* 14

Interrogas, num poſſit Emphyteuta celeri ſatisfactione (ſtatim elapſo tempore) moram purgare? In Eccleſiaſtica poteſt per textum expreſſum in *d. c. fin. de loc. cond.* ibi: *niſi celeri ſatisfactione poſtmodum ſibi conſulere ſtuduerit.* Non item in ſæculari, cùm in *d. l. 2.* detur domino, finitô trienniô, licentia expellendi Emphyteutam: In verbis: *volenti ei* (domino) *licere eum* (Emphyteutam) *à prædiis emphyteuticariis repellere, nulla ei impoſterum allegatione, nomine meliorationis, vel eorum, quæ emponemata dicuntur, vel pœna opponenda, ſed omnimodò eo, ſi dominus voluerit, repellendo.* Ratio diverſitatis in eo ponitur, quòd, veluti in Eccleſiaſtica Emphyteuta deterioris eſt conditionis, quòd tantùm habeat biennium, ita in alio debeat eſſe melioris, quàm in ſæculari, quòd poſſit moram purgare.

Rogas ulteriùs, num tota Emphyteuſis committatur, ſi unus ex pluribus hæredibus Canonis ſolutionem diſtulerit? Id, quod cum *Zoëſ. ff. locat. cond. n. 78.* probabiliter affirmant non pauci; ſiquidem, ſi defunctus non ſolverit totum Canonem, Emphyteuſis amittitur, *arg. l. 176. ff. de V. S. & l. 41. §. 1. ff. de uſuris. Voët. ff. ſi ager vectig. n. 37.* ergo idem dicendum, ſi hæredes non ſolvant, quia obligatio per mortem defuncti, nullatenus alteratur, ſed manet, ùt priùs individua, per textus manifeſtos in *l. 2. §. 2. l. 4. §. 1. ff. de V. O.* Licèt enim ſolutio Canonis inter hæredes pro rata dividatur, obligatio tamen ſolvendi manet ſuo modo, ſicut erat penes defunctum, individua, ita, ut, niſi omnes hæredes ſolverint, tota pœna committatur. Meliùs tamen diſſentit *Fachin. controv.*

l. 1. c. 97. cujus ſententiam, uti æquiorem & nos ſequimur. Ratio convincens eſt, quia hæredes Emphyteuſin non tam à defuncto, quàm à primo concedente, tanquam novi Emphyteutæ acquirere videntur, dum concedens non tantùm primum acquirentem, ſed etiam ejus hæredes reſpexit, uti igitur, ſi ab initio plures fuiſſent Emphyteutæ, ſolutio ab uno omiſſa, aliis non noceret, ita proportionaliter, & hic diſcurrendum. Argumenta Zoëſii procedunt in iis juribus, quæ hæredes præcisè à defuncto nanciſcuntur. *D.D. Franz b. n. 14.* ubi reſpondet ad contraria. (a) Quid, ſi pœna in caſum non ſoluti Canonis adjecta ſit, nihilominus obtineat caducitas? Obtinet, quia pœna non minuit, ſed magis firmat, augétque obligationem, *l. 4. §. 4. in fin. ff. de re jud.* Neque ſtipulatio pœnalis novationem inducit. Erit itaque in libertate domini, vel pœnam exigere, vel caducitati inſiſtere. *Laud. Zoëſ. d. l. n. 83.*

Quæris rurſus, num Emphyteuſis, Canone non ſoluto, ipſo jure, nulla ſecuta declaratione, amittatur. Negat mox *cit. Zoëſ. ibid. n. 91.* quia in *d. l. 2. C. de jur. emphyt.* dicitur Emphyteuta jure ſuo cadere, ſi dominus voluerit. Affirmat *D.D. Franz Inſt. lib. 4. tit. 6. p. 5. ſect. 7. num. 44. pag. m. 201.* ſuppoſito, quòd nulla circa omiſſionem ſolutionis inter dominum, & Emphyteutam ſit controverſia, quæ, ſi foret, haud dubiè per ſententiam erit dicenda, *arg. 1. ſ. 21. pr. & 1. ſ. 22. verſ. ſancimus. l. 31. ff. de pign.* Fundamentum ponit Author Clariſſimus in verbis *cit. l. 2. & nov. 7. c. 3. §. 2. OMNIMODO; OMNINO* licere Emphyteutam expellere. Non requiri ſententiam Judicis cum memorato D.D. Franz admittet Zoëſius, utpote, qui tantùm requirit declarationem ipſius domini directi (quæ utique non ſemper debet eſſe judicialis, & in controverſiam deducta) à qua pendere vult caducitatem, ita, ut, quamdiu dominus voluntatem non manifeſtaverit, jus emphyteuticum maneat penès Emphyteutam, ita, ut poſſit fructus ſuos facere, quæ ſententia, ſi inhærere velimus verbis textûs: ***Si voluerit: volenti ei***, ſua probabilitate non deſtituitur, conſequenter, quamdiu dominus voluntatem ſuam non declaraverit, habendus erit Emphyteuta pro domino utili, adeòque fructuum perceptorum pariter dominus declarandus, cui ſententiæ etiam favet *Voët. ff. ſi ager vectig. n. 41.* Neque huic opinioni repugnant illa verba ***omnimodò, omninò***, cùm eorum ſenſus tantùm eò collimet, quòd do-

(a) Opponitur *l. 2. §. 2. ff. de V. O.* ubi ſimul datur ratio: quòd obligatio morte defuncti non alteretur. Opponitur inſuper *l. 25. §. 13. & ſeqq. ff. fam. erciſ. l. 5. § fin. l. 85. §. pen. ff. de V. O.* Verum hi textus ſunt intelligendi, de iis caſibus, ubi hæredes veniunt quà tales, & præcisè ex voluntate defuncti. Hic autem veniunt potiùs ut novi Emphyteutæ ex voluntate primi concedentis, quia non tam veniunt ex facto defuncti, quàm concedentis, qui juxta naturam hujus contractûs rem tranſtulit.

domino expellere volenti Emphyteuta, commiſsâ morâ, nullatenus poſſit ſeſe opponere, non autem, quòd ſtatim & ipſo jure Emphyteuſi cadat. Quid, ſi dominus non declaravit voluntatem, poteritne ſtante hac ſententia, hæres Emphyteutam expellere? Probabiliùs poterit, quia ſuccedit in omne jus, quod defunctus habuit: Si verò placeat cum *Voët. l. mox cit. n. 45.* contrarium defendere, dicas, jus hoc revocandi oriri ex quadam injuria, ſeu contemptu domino directo illato, conſequenter ad exemplum aliarum actionum, quæ injuriam, ſeu vindictam ſapiunt, extingui, præſertim, cùm hoc jus dependeat à declaratione voluntatis, quæ morte evaneſcit. Limita tamen priorem ſententiã, ſi defunctus expreſsè, vel tacitè jus caducitatis remiſerit, quod in dubio non præſumitur. Ad rem itaque

Sciſcitaris, utrùm, ſi dominus, morâ commiſsâ, Canonem recipiat, cenſeatur jus caducitatis remittere? Si recipiat non tantùm pro tempore præterito; ſed etiam futuro, ſatis conveniunt jus caducitatis in Emphyteuſi ſæculari (ſuppone, ſi ſciat, ſibi competere jus caducitatis, quia ignorantis nulla eſt remiſſio) tacitè remittere, quia dominus non poteſt utique Canonem pro tempore futuro acceptare, niſi ulteriùs approbando jus emphyteuticarium. Dixi: *in Emphyteuſi ſæculari.* Aliter diſcurrunt in Eccleſiaſtica, cùm non poſſit Prælatus jus Eccleſiæ quæſitum ſine debitis ſolemnitatibus remittere, *c. 2. de reb. Eccleſ. non alien. Clem. 1. eod.* Verùm licebit de hac ratione dubitare, cùm non procedat, ſi res ſit alienari ſolita, *Extrav. ambitioſæ d. t. c. fin. de feud.* Si verò Canonem recipiat tantùm pro tempore præterito majus eſt dubium. Negativæ adſtipulatur cum *Zoëſio, & aliis allegatus D.D. Franz, ubi ſupra n. 52.* Rationem dat, quia utrumque debetur, & Canon pro tempore præterito, & pœna caducitatis, quia non ſolvit debito tempore, conſequenter utrumque peti poteſt, *arg. l. 7. §. 1. ff. de condict. furt. l. 41. C. de tranſact.* Affirmativam tuetur *Fachinæus* (quem malè *Laud. Author* pro ſe allegat) *contr. lib. 1. c. 99.* magis tamen ſupponit, quàm probat, competere facultatem disjunctivè vel canonem, vel caducitatem exigendi, adeóque unó electó, alterum ceſſare, quæ aſſertio tamen vix cohæret cum concluſione ſexta, ubi admittit, quòd ſi adhibita proteſtatione, annuum canonem recipiat, ſalvum ſit jus caducitatis; Si enim disjunctivè competit facultas, proteſtatio nihil operabitur, ſed, accepto canone, de ſe ceſſabit pœna caducitatis; Nos, uti ſtante hac ſententia concluſionem ſextam non probamus, ita opinionem Fachinæi ex eo defendi poſſe, arbitramur, quòd caducitas ſit introducta propter non ſolutum canonem, conſequenter, ſi caducitatem propter non ſolutum canonem exigit, ipſum canonem (cujus in locum ſubintrat caducitas) exigere

Digitized by Google

dominus non poteſt, vel, ſi exigat, aut etiam oblatum accipiat, hoc ipſo remittit caducitatem. Hinc eſt, ùt non vanè opinamur, quòd in *d. l. 2. C. de jur. Emphyt.* nulla fiat mentio de petitione canonis, ſed præcisè de pœna caducitatis, ſi dominus voluerit. Negatur igitur, utrumque deberi, & canonem, & pœnam caducitatis, cùm caducitas ob non ſolutum canonem ſit introducta, ita, ut, eâ petitâ, ceſſet obligatio ſolvendi canonem, & viciſſim. Aliud tamen obtinet in Emphyteuſi Eccleſiaſtica, ubi in favorem Eccleſiæ utrumque peti poſſe, conſtat ex *d. nov. 120. c. 8.* Et exinde roborabitur ſententia Fachinæi, quòd exceptio firmet regulam in caſibus non exceptis. Hodiernis moribus ob non ſolutum canonem, vel laudemium duplicatam eſſe, ajunt, locò caducitatis eorum ſolutionem.

TITULUS XXVI.

De Societate.

1 Non minùs Societas, quàm emptio-venditio, ſeu locatio-conductio, ſolo conſenſu initur, *§. un. de obl. ex conſ. l. 19. ff pro ſocio, ſeu h. t.* Neque aliter ſentire credas Modeſtinum in *l. 4. ff. eod.* dum ait: *Societatem coire & re, & verbis, & per nuncium non poſſe, dubium non eſt.* Nam verba, vel res non ſunt hìc conſtitutiva contractûs, ſed tantùm manifeſtativa conſenſûs, qui tam verbis, quàm re, ùti in aliis contractibus etiam conſenſualibus, declarari poteſt. Eſt autem Societas propriè ſumpta (nam latiùs comprehendit etiam communionem rei particularis, ſeu quaſi contractum, de quo infrà) *Contractus conſenſualis, de rebus, operiſve perſonæ communis lucri gratiâ conferendis.* Dicitur notanter: *communis lucri gratiâ*, quæ eſt ratio conſtitutiva, notáque differentialis ab omnibus aliis contractibus. Unde, ſi tantùm conveniatur de habenda pro tempore re communi citra participationem lucri, vel damni, fortè, quòd duo rem aliquam emerint, vel iis ſimul legata ſit, non eſt ſocietas, *l. 31. & ſeq. ff. h. t.* niſi accedat animus, facto quodam declaratus, de lucro & damno (damnum tamen præter intentionem contrahentium accidit, neque ejus communicatio conceptum eſſentialem, ſed tantùm naturalem ſocietatis ingreditur *Vinn. h. in pr.*) communicando. Hinc

Alia eſt *Expreſſa*, quæ conſenſu expreſſo verbis, aut literis, vel quovis alio ſigno declarato, alia *Tacita*, quæ facto v. g. collatione, ſeu etiam

Google

etiam emptione-venditione &c. ſi poſtea maneant in communione, ac lucrum, damnúmque inter ſe dividant, contrahitur. Unde hic notandum, ſolam emptionem, vel agnitionem legati, niſi accedat continuata communio, ad ſocietatem non ſufficere. Ita conciliabis Modeſtinum *in d. l. 4. ff. h.* & Gajum in *l. 2. ff. com. divid.* juncto reſcripto Impp. in *l. 2. C. h. t.* cum Ulpiani reſponſo in *d. l. 31. & ſeqq. ff. d. t.*

Alia Univerſalis, alia Particularis. Prior rurſus vel *abſolutè talis*, ubi ſcilicet omnia bona conferuntur tam præſentia, quàm futura, quocunque titulo ſive oneroſo, ſive lucrativo, acquiſita, *l. 1. §. ult. l. 3. §. 1. l. 73. pr. ff.* quæ rarior eſt, cùm involvat quamdam ſpeciem donationis, *arg. l. 73. ff. eod.* vel *ſecundùm quid* (quæ in dubio præſumitur *Lud. in Theſ. Jur. h. n. 8.*) ubi tantùm conferuntur bona, titulô oneroſô, atque induſtriâ, negotiatione, ſeu artificio ſociorum quæſita, *l. 7. cum 6. ſeqq. ff. eod.* Differunt notabiliter. Nam præter id, quòd in ſocietate omnium omninò bonorum veniant bona, quocunque titulo etiam lucrativo, acquiſita; in particulari verò (de qua mox) vel univerſali ſecundùm quid tantùm, quæ ſocii nacti ſunt titulô oneroſô, induſtriâ, operáve ſua; in illa inſuper, nullo habito reſpectu rerum collatarum, omne lucrum, & damnum commune eſt, cùm econtrà in iſta attendenda ſit proportio lucri, & damni, ad res vel operas collatas, *l. 6. l. 8. ff. d. t.* Item in illa bona præſentia fiunt communia, ſine ulla traditione, *l. 1. §. 1. l. 2. ff. eod.* Dixi: *Bona*, & quidem omnia tam corporalia, quàm incorporalia, ſi actiones perſonales excipias, quæ, cùm inhæreant oſſibus perſonæ, cedi debent, *l. 23. ff. d. t.* his annectenda eſt etiam actio hypothecaria, quæ, eſto realis ſit, & reales cum ipſis rebus, quarum naturam ſequuntur, fiant com̃unes, nihilominus opus habet ceſſione, quia eſt acceſſoria actionis perſonalis, adeóque ejus etiam naturâ imitatur, *arg. c. 42. de R. J. in 6.* Secùs diſcurrendum in iſta, id eſt, univerſali ſecundùm quid (idem de particulari) ubi, ſicut in aliis negotiis, ad dominium transferendum, ſeu communionem inducendam, opus eſt traditione, *arg. l. 58. §. 1. ff. h. t. Hopp. ad pr nc. Inſt. h.* Dixi: *præſentia*, bona enim futura etiam in ſocietate univerſali debent, ut fiant communia, conferri, *l. 73. & 74. ff. d. t. Hub. n. 2.* Societas Particularis eſt, quæ verſatur circa res, ſeu negotiationes certas, unam vel plures, ſed determinatas, & vix differt in effectu ab univerſali ſecundùm quid, niſi, quòd particularis finiatur, finita negotiatione, cujus intuitu fuit inita, univerſalis verò regulariter duret ad dies vitæ, quæ etiam vocatur perpetua, *l. 1. ff. h.* in æternum quippe nulla eſt ſocietas, *l. 70. ff. d. t.* quia plerumque ſolet eſſe mater litium, *l. 77. §. 20. ff. de leg. 2.*

Cau-

Digitized by Google

2 Cauſa Efficiens Remota eſt, uti in aliis pleriſque contractibus, Jus gentium. Proxima contrahentes, qui nimirum aliàs contrahere, & contrahendo ſe poſſunt obſtringere, ita, ut vix aliquis ſpecialiter legatur prohibitus, adeóque tam pater-quàm filiusfamilias, & quidem non tantùm cum extraneo, *l. 58. §. 2. h. t.* ſed etiam cum patre, ſub cujus adhuc eſt poteſtate, dummodò habeat peculium proprium ſcilicet caſtrenſe, vel quaſi, aut etiam extraordinarium, *arg. l. 38. §. 1. ff. de cond. indeb.* Fratres invicem, *l. 25. §. 8. ff. h. t.* Conjuges, *arg. l. 32. §. 24. ff. de donat. int. vir. & uxor.* quæ ſocietas in multis locis ipſo jure inducitur.

3 Objectum ſunt & RES, humano commercio obnoxiæ, *l. 63. ff. h.* non tamen ſcelere quæſitæ, hinc, *quod ex furto, vel alio maleficio* (eſt reſponſum Ulpiani in *l. 53. ff. eod.*) *quæſitum eſt, in ſocietatem non oportere conferri, palam eſt*, quod non tantùm verum eſt, ſi fuerit inita ſocietas maleficii, quæ ipſo jure nulla eſt, *l. 57. ff. d. t.* ſed etiam, ſi de negotio licito ſit inita, interim tamen ſocius ſcelere quædam acquiſivit, uti colligitur ex *d. l. 53. & ſeqq. ff. eod.* Quòdſi tamen res illa in medium collata ſit, lucrum erit commune, *d. l. 53.* Sed num & reliqui ſocii puniendi, ſi delictum pateſiat? ſi ſciverint rem fuiſſe ſcelere quæſitam, profectò à pœna non erunt immunes; ſecus ſolummodò tenentur ad reſtitutionem ejus, quod ex delicto ſocii ad ſe pervenit, *l. 55. ff. d. t.* Et OPERÆ poſſibiles, ac honeſtæ; ubi ſive omnes ſocii operas, vel aliqui operas, alii res, alii operas, & res ſimul, vel operas tantùm conferant, lucrum nihilominus erit commune, *arg. §. 2. h.* Sed quid, ſi unus res, alter operas contulit, eritne, finita ſocietate, lucrum tantùm, num etiam res collata communis? Lucrum tantùm, niſi aliter inter partes conventum, vel operas tam pretioſas (quod eventus dabit) fuiſſe, appareat, ut æquivaleant ſorti, ſeu rei collatæ tam quoad proprietatem, quàm uſum. Ita contra Voëtium (Patrem) *Huber. h. n. 8. verſ. Poteſt.* Ratio afferti eſt, quia imprimis in *d. §. 2. & l. 1. C. h.* tantùm fit mentio lucri & damni: Deinde nimia foret inæqualitas. Pone Titium contuliſſe mille, alterum verò ſuas operas, finitáque ſocietate, adeſſe lucrum quingentorum, jam adeſſent 1500. dividenda. Ex quibus Titio obvenirent 750. hinc Titius non tantùm nihil lucraretur, ſed etiam de eo, quod contulit, amitteret, alter econtra totum lucrum unà cum parte ſortis, ſeu rei collatæ auferret. Exinde etiam fluit, quòd, cùm proprietas pecuniæ maneat ſuo modo penes conferentem, ſeu dominum, & tantùm uſus fiat communis, ita etiam, ſi pereat, domino tantùm peritura ſit, *arg. l. 9. C. de pig. act.* ſicut enim alter ſocius tantùm ſentit commodum

ipſius

Digitized by Google

ipſius uſûs, non item ſortis, ita uſûs tantùm, non etiam ſortis ſentiat incommodum, *cit. Fachin. ibid. c. 95.* ubi etiam reſpondet ad contraria. (a)

Forma ſubſtantialis clareſcit ex definitione. *Accidentalis* conſiſtit 4
in pactis, quæ ſolent intercedere circa lucrum & damnum percipiendum: ſiquidem, ſi de partibus lucri & damni nihil fuerit conventum, æquas eas (ſuppoſitô, quòd æqualiter contulerint, ſintque operæ æquales) eſſe conſtat. Ita *cum Thomaſ. cont. Hub.* qui putat indiſtinctè, nullo habito reſpectu ad rem collatam, vel operas, partes lucri & damni debere eſſe æquales æqualitate ſcilicet arithmetica, intelligimus *§. 1. h.* & *l. 29. pr. ff. eod.* Ratio noſtræ opinionis eſt unica, ſed ſolida ab ipſo *Hub. h. n. 3.* approbata, quòd nimirum fundamentum (dic potiùs natura) ſocietatis, niſi aliter fuerit conventum, ſit æqualitas, conſequenter, ſi æqualiter ſocii contulerint, erit & lucrum & damnum æquale, ſi inæqualiter erit etiam juxta proportionem (quæ verè dici etiam poteſt arithmetica, cùm correſpondeat rei collatæ) lucrum & damnum inæquale: Nec enim conveniens eſt juxta Pomponium in *l. 6. ff. h.* ut æquis partibus ſocii ſimus, ſi alter plus operæ, induſtriæ, vel pecuniæ in ſocietatem collaturus ſit. Ita etiam ſentit poſt alios *Vinn. ad §. 1. h. n. 20.* *Quòdſi expreſſæ fuerint partes, hæ* (niſi manifeſtam iniquitatem involvant) *ſervari debent.* Ita inculcat Tribonianus in *d. §. 1.* *Nec enim unquam dubium fuit* (pergit ibid.) *quin valeat conventio, ſi duo inter ſe pacti ſint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri, & damni pertineant, ad alium tertia.* Si igitur in collatione æquali partes lucri & damni inæqualis, vel in collatione inæquali partes inæquales ſtatuere placuerit, valebit pactio. Ita mox *Laud. Vinn.*

(a) Opponunt (I.) *l. 52. §. 4. ff. h.* ubi damnum & lucrum debent eſſe æqualia; eſſet autem inæqualitas; nam dominus & lucrum & proprietatem, alter tantùm operas amitteret. Opponunt (II.) *l. 29. ff. d. t.* ubi valet pactum, ut qui operas confert, non teneatur de damno, ſeu amiſſione pecuniæ, conſequenter circa pactum teneretur. (III.) Qui operas confert, nihil aliàs amitteret, quia iis poteſt adhuc impoſterùm quid lucrari. Verùm iſta haudquaquam movent. *Primum* ſiquidem ſupponit, utrinque fuiſſe res collatas; alias quippe ad nundinas profectus & pecuniam, & operas contuliſſet, & alter nihil. Neque ſubeſt periculum inæqualitatis, quia ſicut unus amittit pecunias, ita alter amittit operas exhibitas: Secùs enim plus amitteret, videlicet operas & ſimul dimidium ſortis. *Secundum* pariter nihil evincit, cùm pactum illud aliàs ſit de natura ſocietatis, conſequenter nihil novi operetur; poſſet enim abeſſe. *Tertium* laborat ſuppoſitô, eum utique amittat, uti monitum, operas jam exhibitas. Futuræ tam parùm huc pertinent, quàm parùm alia pecunia extra ſocietatem. Quid autem, ſi pecunia periiſſet, antequam alter operas præſtiterit? Eſt per accidens: ſed, ais, hic alter nihil amiſit! Quid tum? Eſt denique caſus fortuitus, cui uterque ſe commiſit, unus quoad ſuas operas, quas conferre erat paratus, alter quoad pecunias.

ibid. num. 3. (a) De illa ſanè conventione dubitatum, ut unus duas partes damni, & unam lucri haberet: prævaluit tamen contra Q. Mutium affirmativa, quæ erat Servii Sulpitii, *d. §. 2.* addita ratione, quia ſæpè quorundam ita pretioſa eſt opera in ſocietate, ut eos juſtum ſit, conditione meliori in ſocietatem admitti. Ex qua ratione apparet, hos duos JCtos vix fuiſſe, ùt putat compilator, contrarios, *vid. cit. Vinn. ad §. 2. b. n. 1.* & de mente horum JCtorum ſolidiſſimè *Stryck. V. M. P. §. 16.* Cæterùm, quia quandoque operæ pro pecunia valent, neque eſt reprobata conventio, ut, quis lucri partem ferat, de damno verò non teneatur, *d. §. 2. b. d. l. 29. §. 1. ff. eod. ibique A. Auth. paſſim.* Illud etiam expeditum eſt, ſi fuerit pars lucri expreſſa, de damno verò nihil memoratum, ſervandam partem in damno, quæ in lucro expreſſa fuit, *§. 3. eod.* Sanè illa ſocietas à Caſſio apud Ulpianum in *d. l. 29. §. 2.* meritò, ùt Leonina (cujus apologum exhibet *Schamb. b. ad d. §. 3.*) reprobatur: qua convenitur, ut alter lucrum tantùm, alter damnum ſentiret, deficit enim fundamentum ſocietatis, quod conſiſtit eſſentialiter in communicatione quadam lucri, ùt ſatis exprimit Ulpianus *in 67. in fin. pr. ff. eod.* in verbis: *Quoniam ſocietas, cùm contrahitur, tam lucri, quàm damni communio initur Vinn. ibid. n. 3. Voët. ff. b. n. 8.* conſequenter, ſi integrum lucrum alteri relinquat, erit pura donatio, non ſocietas, *arg. l. 5. §. fin. ff. d. t. Stryck. d. l. §. 22.*

Quid, ſi æquales ſint utrinque res, & operæ collatæ, num valeat pactio de partibus inæqualibus lucri, & damni percipiendis? Negabis *cum D. D. Franz b. n. 11.* cùm, ut æqua ſit ſocietas, debeant lucrum & damnum correſpondere rei collatæ. Cui opinioni vel maximè favere videtur Servius Sulpitius in *d. §. 2. b.* ubi ideo approbat pactum de partibus inæqualibus, quia ſæpè unius operæ ſunt magis pretioſæ, ſi igitur hæc ratio ceſſet, ceſſabit etiam ratio inæqualitatis. Verùm quid obſtabit, ſi ſocius ſpontè, & non deceptus, ſocium meliori conditione velit admittere? Certè nihil: & tam parùm, quàm parùm obſtat, quin ſit venditio, ſi venditor ſcienter, & abſque neceſſitate rem viliori pretio vendere velit, *arg. l. 38. ff. de contr. empt. vend.* Addatur *Vinn. l. cit. n. 2.* (b) Interdum communicatio lucri & damni remittitur ar-

(a) Intellige, hoc eſſe certum, caſu quo operæ alterius ſint pretioſiores: Quid enim dicendum ſit de caſu, quo de inæqualibus lucri & damni partibus conventum fuit, eſto res & operæ æquales fuerint, mox videbimus hic *verſ. Quid ſi æquales &c.*

(b) Sanè de natura quidem ſocietatis eſt, ut partes correſpondeant lucro, & damno. *§. 1. Inſt. l. 6. l. 29. pr. l. 76. & ſeqq. ff.* h. t. Sed non de ſubſtantia, uti patet ab inſtantia deducta ex *d. l. 38. ff. de contr. empt. vend.* Dum igitur quæritur, num va-

arbitrio boni viri, cujus officium videri poteſt in *l.75. & ſeqq.ff.b.* Nec non apud *Stryck. ubi ſuprà §.6. & ſeqq.*

Effectus proximus eſt obligatio ex parte utriusque ſocii ad res vel 5
operas in commune conferendas, ad lucra & damna juxta proportionem collationis, vel pacta conventa. ſocietate finitâ, dividenda. *Quod tamen* (ait Imperator in *in d. §. 2. b. in fin.) ita intelligi oportet, ut, ſi in alia re lucrum, in alia damnum illatum ſit, compenſatione facta, ſolùm quod ſupereſt, intelligatur lucro eſſe, Hub. d. l. n. 4.* Ratio eſt, quia lucrum non intelligitur, niſi deducto omni damno, & viciſſim, *l. 30. ff. b.* & hoc primum, finita ſocietate, conſtat. *Stryck. V.M.P. b.t. §.5.* Quandoque tamen ſolent ſocii certa tempora rationum reddendarum (wo ſie die Billanz ziehen) determinare, & quod vel lucro, vel damno ſupereſt, dividere, *Thomaſ. ad Hub. ibid.* ubi ulteriùs notandum, quòd, licèt ſocii, finita ſocietate, poſſint ſibi invicem remittere rationum redditionem ad exemplum tutorum, *arg. l. 28. §. 3. & 4. l. ult. §. 2. ff. de liber. legat.* nequeat tamen hæc ab initio remitti, *arg. l. 5. §. 7. ff. de adminiſt. & per. tut.* ſiquidem ejusmodi remiſſio invitaret ad delinquendum, vid. *Voët. ff. b. n. 11.* Porrò, ſi ſit ſocietas omnium bonorum abſolutè, ſicut omnia omninò bona, ita omnes omninò expenſæ, ac damna, citra culpam tamen ſocii emergentia, communia ſunt, *l. 73. ff. b. t. Voët. ibid. n. 4.* Hic autem

Dubitatur de quali culpa, ſocius ſocio teneatur. Nos non ambigimus, condemnandum eſſe juxta vulgatam regulam, quòd uterque ſentiat commodum, ad culpam levem. Id, quod clarè, ùt nobis videtur, deducitur *ex §. fin. b.* ubi ad quæſtionem, num Socius tantùm de dolo (cujus nomine etiam venit culpa lata *arg. l. 226. de V.S.*) teneatur, ſicut depoſitarius, num verò etiam culpæ (per quam intelligitur culpa levis) nomine poſſit conveniri, prævaluiſſe dicitur, quòd etiam culpæ nomine teneatur. Exinde tale formatur argumentum: Socius ad quid plus tenetur, quàm depoſitarius, atqui depoſitarium teneri de culpa lata, nemo negat, conſequenter debet ſocius teneri de levi, quia alia media non datur. Dices cum *D. Gletle p. 3. ſelect. quæſt. c. 17. n. 6. & ſeqq.*

valeant pacta de partibus inæqualibus? Supponendum utique eſt, Socios æqualiter contuliſſe, aliàs fuiſſet inter JCtos quæſtio domitiana. Reponunt valere ejusmodi pacta in vim donationis, non autem ſocietatis, & de hac, non de illa ſubeſſe dubium. At vix non cum umbris luctantur AA Vel enim ſcit ſocius ſe plus conferre, vel non? Si hoc? certè non valet: ſi illud? Nil aliud poteſt præſumi niſi animus donandi. Si fortè replicant, tunc primum ſimilia pacta valere, ſi unus vel re, vel operis plus conferat; reponimus, in hujusmodi caſibus non eſſe opus ſpeciali pacto, cùm hoc aliàs ex natura ipſius contractûs implicitè contineatur. *Grotius* contra ſentientes incuſat, non intelligere commercia.

Socius ſatisfacit, ſi ſit parùm diligens, veluti in terminis habetur in *d. §. ult. b.* & *l. l. 72. ff. eod.* ſed hoc utique nil aliud eſt, quàm teneri de culpa lata. Verùm falleris, quia hic parùm diligens non abſolutè, ſed relativè ad diligentiſſimum accipitur, ceu patet in verbis *culpa autem non ad EXACTISSIMAM diligentiam dirigenda:* ſiquidem diligens paterfamilias, facta relatione, ad accuratiſſimè diligentem, etiam parùm diligens dici poteſt. Illud ſine præjudicio veri cum *Hopp. ad §. fin. h.* dare poſſumus, Socium, ſi in ſuis rebus etiam abſolutè ſit parùm diligens, ſatisfacere, ſi eâdem diligentiâ tractet res communes, ſibi enim imputet alter, quòd parùm diligentem Socium elegerit. Omiſſio nihilominùs ejusmodi diligentiæ non erit culpa lata (niſi in abſtracto) ſed levis in concreto, ſeu reſpectivè talis. Hoc tamen nobis eſt imperceptibile, quòd *laud. Gletle cum aliis* contendat, hic in ſocietate (& hoc trahunt ad omnes res communes, à Vinn. tamen ad *§. ult. b.* latiùs improbatur) eſſe quid ſpeciale, quòd nomine culpæ debeat intelligi culpa lata, non levis: in iis enim negotiis, ajunt, ubi res communis eſt, culpa lata non venit, uti in aliis ſub dolo; nam in re communi, cùm propria immixta ſit, nemo præſumitur dolosè agere, conſequenter, eſto culpam latam Socius committat, non hoc ipſo creditur dolô egiſſe, uti contingit in aliis negotiis. Enimverò, ſi diſcurſus iſte quid evincit, licebit, pace tantorum virorum, argumentum ita invertere: in re aliena, qui culpam latam committit, præſumitur dolosè agere, atqui in re communi eſt etiam immixta res aliena, ergo, ſi culpam latam committat, hoc ipſo præſumendus erit, dolum committere; quin & furtum in re communi poſſe fieri, daríque Socio actionem furti, ſatis patet ex *l. 45. ff. b.* quamvis Socius non animô dolosô, ſed jure dominii amoviſſe, præſumatur *l. 51. ff. d. t. Voët. ubi ſup.* cùm igitur diſcurſus iſte inverſionem patiatur, ita, ut quidquid dicunt Adverſarii de re propria alienæ immixtâ, poſſit invetti de re aliena propriæ immixtâ, adeóque ſit primò occupantis, pro neutra ſententia quidquam probat; ſtandum igitur erit regulæ generali, quòd, ubi vertitur utilitas utriusque, ſit præſtanda culpa lata, & levis: imò, ſi Socius non ſimpliciter operas, ſed inſuper artificium promiſit, ad leviſſimam adſtringendus videtur Voëtio *ff. d. l. n. 12.* Idque probat ex *l. 13. §. 5. l. 25. §. 7. ff. locat.* ſpecialiùs ex *l. 52. §. 2. ff. b. t.* Obligatur inſuper Socius ad Socium, ratione expenſarum, quas intuitu ſocietatis erogavit, vel damni, quod caſu fortuito perpeſſus eſt, indemnem ſervandum *l. 52. §. 4.* & *10. ff. b.* quia damnum ejusmodi ad utrumque Socium pro rata pertinet. *Voët. loc. mox cit.*

Quæ-

Digitized by Google

Quæres num, ſi Socius contraxit, etiam reliquos Socios obliget? Si nomine Societatis contraxit, & fuerit præpoſitus ad contrahendum, vel aliàs contrahere ſolitus, obligat etiam reliquos *arg. l. 4. §. 1. ff. de exercit. act. Stryck. V. M. P. h. t. §. 38. & ſeq.* ſecus non etiam. Diſtinctè Voët. *ff. h. n. 13.* (a)

Effectus remotus eſt actio pro Socio Perſonalis, utrinque Directa, Famoſa, qua Socii invicem agunt, ut quilibet obligationi ſuæ, conferendo res, & operas, lucrúmque dividendo (res enim ipſa actione communi dividundo in diviſionem venit) ſatisfaciat: competit Socio, & hæredibus, contra Socium, ejúsque hæredes, ad exemplum omnium actionum ex contractu.

Modus, quibus ſolvitur ſocietas (quos *Contraria* appellamus) bre- 6
viter recenſentur à Modeſtino *in l. 4. §. un. ff. h. t. Diſſociamur*, inquit, *Renunciatione*, *Morte*, *Capitis Minutione*, *& Egeſtate.* Adde: *Mutuo conſenſu*, *& Finito tempore*, ad quod fuit contracta. (I.) Itaque ſolvitur RENUNCIATIONE *§. 4. eod.* quod jure ſingulari receptum eſt, *Vinn. ad §. 4. n. 1.* In communione enim, vel ſocietate nemo compellitur invitus detineri: eſt deciſio Imperialis in *l. fin. C. com. divid.* Intellige tamen, ſi non doloſè renunciet, putà, ſi Socius omnium bonorum ideo vellet renuntiare, cùm ſciat ſibi pinguem hæreditatem obventuram: cogitur quippe hoc lucrum communicare; Paucis: ſi quis doloſè (idem ſi intempeſtivè ante tempus conventum ſine juſta cauſa *Vinn. ad §. 4. h. n. 3.*) renunciet, reliquos à ſe liberat, non tamen ipſe ab aliis liberatur, id eſt, damnum per hæreditatem fortè illatum, ſolus ſuſtinet, lucrum tamen debet dividere, *vid. l. 65. §. 3. & 4. ff. h.* cauſæ juſtæ renunciandi exponuntur in *l. 14. 15. & 16. ff. eod.* Ex quibus Pomponius apud Ulpianum in *l. 14. ff. h.* eleganter ſcribit, pactum, ne abeatur à ſocietate, eſſe fruſtraneum; ſi enim habeat Socius abeundi rationem, pacto non obſtante, poteſt abire, ſi non habeat, & intempeſtivè renuntiet, etiam citra pactum tenebitur actione pro Socio. (II.) MORTE & quidem non tantùm ex parte defuncti Socii, quod de ſe planum eſt, ſed etiam reſpectu illius hæredum, ad quos non tranſit ſocietas (aliter de actione dicendum *l. 63. §. 8. ff d. t.*) & ſimul aliorum Sociorum adhuc viventium *§. 5. h.* poteſt enim contigiſſe, ut intuitu induſtriæ illius, qui hic & nunc deceſſit, contraxerint. Limita, ſi expreſsè fuerit conventum, ut al-

(a) Qui *ibid. num. 21.* ulteriùs ſignanter notat, inter ſocios non procedere vulgarum illud ex *l. 24. ff. quæ in fraud. credit. & l. 19. pr. ff. de re jud.* Jura vigilantibus ſcripta ſunt, cùm hoc videatur repugnare juri fraternitatis, quod inter ſocios obtinere dicitur *in l. 63. pr. junct. §. 5. ff. h. t.*

Digitized by Google

alterutrô mortuô, nihilominus perdurare debeat Societas *d. §. 5.* quæ conventio tamen hæredem non obligat *l. 35.* & *59. ff. h. vid. Voet. ibid. n. 23.* (III.) CAPITIS DIMINUTIONE maxima & media *l. 63. §. ult. ff. d. t.* Non item minima *d. l. 65. §. 11. ff. eod.* (IV.) EGESTATE, id eſt, ſi Socius ad incitas ſit redactus, ut fieri debuerit publicatio, vel ceſſio bonorum *§. 7.* & *8. b.* (V.) MUTUO CONSENSU *§. 4. d. t. arg. l. 35. ff. de R. J.* ſive expreſſo, ſive tacito, ut, ſi unusquisque Sociorum ſibi negotiari incipiat. *l. 64. ff. b.* (VI.) Finito tempore *d. l. 65. §. 6.* vel negotio, ad quod fuit inita *§. 6. b.*

TITULUS XXVII.

De Mandato.

1 SEriem contractuum conſenſualium claudit mandatum, quod eſt *Contractus conſenſualis, quo negotium unum, vel plura gerenda committuntur, & ab alio gratis ſuſcipiuntur.* Dixi: *Conſenſualis §. un. Inſt. de obl. ex conſ. l. 1. pr. ff. b.* poteſt autem conſenſus, uti in aliis contractibus, ſive per literas, ſive per nuncium, nec non per verba, volo, rogo, mando &c manifeſtari *d. l. 1. §. 1.* & *2. ff. d. t.* Neque crucem figit, quòd, popoſito conſenſu, nulla videatur oriri obligatio, cùm tam mandans poſſit mandatum, re integra, revocare *§. 9. b.* quàm mandatarius, ſuſcepto negotio, renunciare *§. 11. eod.* Nam iſta quidem vera ſunt, ſi benè capias. Poteſt equidem mandatum revocari, *ſed re integra.* Scilicet, quando mandatarii non intereſt, cùm nullas fecerit expenſas, quòd, ſi tamen fecerit, tenetur mandans eas reſarcire. Poteſt etiam Mandatarius renunciare: rurſus *re integra*, & ſi mandantis non interſit, uti diſces *ex allegatis tt.* Hinc capis, ùt ſpero, oriri ſaltem obligationem conditionatam, vel ad ſtatim revocandum, aut renunciandum, vel ad factas expenſas, aut id, quod intereſt, reſarciendum. Dixi: *gratis ſuſcipitur*, quia mandatum fundatur in amicitia *l. 1. §. fin. ff. b.* hinc, ſi merces interveniat, erit locatio-conductio; ſi res alia, contractus innominatus Do, ut Facias *l. 22. ff. de præſ. verb.* vid. inſuper *§. fin. b.* Dividitur Mandatum à *cauſa Efficiente* in *Expreſſum*, dum verbis formalibus, vel ſignis æquivalentibus, puta literis, annutu, negotium committitur *l. 1. §. 1.* & *2. ff. h. t.* Et *Tacitum*, quo tacitè negotium gerendum committimus, ſeu potiùs præſentes & ſcientes patimur, ut alter gerat, veluti ſi quis nomine meo, me præſente, ſolvat, vel fidejubeat *l. 6. §. 2. l. 53. ff. eod.* Equidem ſcientia,

tia & patientia pro mandato habentur *l. 18. ff. h. Hopp. ad princ. h. t.* (a) Dividitur ab *Objecto* in *Generale*, quo omnia vel ſaltem plura negotia, ſed indeterminata, v. g. omnia negotia extrajudicialia, & *Speciale*, quo unum, vel etiam plura negotia, ſed determinata gerenda committuntur. Generale rurſus, ab *Effectu* eſt vel *Simplex*, vel cum *Libera*. Illud dicitur, quando negotia ſimpliciter committuntur: Hoc, quando conceditur, libera facultas, ea etiam agendi, quæ aliàs indigent ſpeciali mandato, & ipſe Dominus probabiliter eſſet facturus. Quæ diviſio, quamvis, veluti Juri Civili incognita, à multis (inter quos eſt *Hub. h. n. 1.*) culpetur, eſt tamen Jure Canonico in *c. 4. de Procur. in 6.* & fatentibus iis ipſis, qui illam negant (*vid. Lauterb. ff. de Procur. §. 9. & 10.*) in praxi recepta. Conſonat non obſcurè etiam Jus Civile, quòd Procurator cum libera poſſit rem vendere, adeóque alienare *§. 43. de R. D. l. 9. §. 4. de A. R. D.* Item exigere, & ſolvere debita, permutare *l. 58. & 59. ff. de procur.* Cùm tamen Procurator ſimplex non poſſit alienare, niſi res ſervando non ſervabiles *vid. l. 60. & 63. ff. eod.* Quòdſi, incidas in textus, ubi cuilibet Procuratori generali permittitur paciſci, uti in *l. 12. ff. de pact.* Juramentum deferre *l. 17. §. fin. ff. de jurej.* Pignus conſtituere *l. 11. §. ultim. & 12. ff. de pign. act.* Tranſigere &c. quæ omnia juxta nos, tantùm conceduntur Procuratori *cum libera*, ſimiles, inquam, textus ſubintellige de Procuratore generali *cum libera*, & ita textus generales per clariores ſpeciales explicabis. Rurſus, *à Fine*, quo negotia committuntur, variæ dantur mandati ſpecies, vel enim committuntur in gratiam *mandantis tantùm*, veluti ſi tibi mandem, ut mihi equum emas, *§. 1. h.* vel *mandantis* & *mandatarii* ſimul, ùt ſi tibi mandem, ut Titio pecunias, quas mihi donaturus eſt, ſub uſuris credas *§. 2. eod.* vel *Tertii* tantùm, ut, ſi mandem tibi, ut Sempronii negotia geras *§. 3. d. t. vid. Hopp. h. §. 3.* (b) vel *Mandantis* & *tertii*: veluti, ſi tibi negotium mihi & Sempronio commune gerendum committam, vel, ut mihi & Sempronio fundum emas *§. 4. h.* vel *Mandatarii & Tertii tantùm*, ùt, ſi tibi man-

(a) Porrò negotium non tantùm tacitè committi, ſed etiam ſuſcipi poſſe, non eſt dubium. Quamvis enim ex ſolo ſilentio conſenſus mandatarii colligi nequeat. *l. 8. §. 1. ff. de procur.* Factis tamen præſumitur, ùt ſi mandatarius negotium ſibi commiſſum, eſto expreſſè non ſuſceperit, exequatur *arg. § 4. de inut. ſtipul.* in verbis: *Sed ille adverſus Sejum habeat mandati actionem.* Debent nihilominus præcedere circumſtantiæ perſpicuæ, quibus probetur conſenſus mandatarii *arg. d. l. 8. §. 1. ff. de procur.*

(b) Sed quid intereſt mandantis, ut tertii negotium geratur? Utique obligationes inventæ ſunt, ut ſibi quis non alteri acquirat. *§. 18. de inut. ſtipulat.*? Quamprimùm mandat, intereſt, ut negotium benè geratur; ſiquidem mandando quis negotium tertii jam

mandem, ut Sempronio ſub uſuris credas *§. 5. eod.* vel tantùm *Mandatarii*, veluti, ſi mandem tibi, ut pecunias tuas potiùs in emptiones prædiorum colloces, quàm fœnori exponas. Vel viciſſim: cujus generis mandatum magis conſilium, quàm mandatum eſt, & ideo neque eſt obligatorium *§. 6. d. t.* addita ibidem ratione, *quia nemo ex conſilio mandati tenetur, eſto non expedierit, cui mandatum eſt; cùm liberum ſit unicuique, num ſibi conſilium expediat, explorare.* Limita, ſi mandans doloſè verſatus fuerit, vel etiam conſilium dirigatur ad certam perſonam alteri, cui datur, ignotam, cui alias non credidiſſet. Ita innuunt verba *cit. §. 6.* ibi: *ſed obtinuit Sabini ſententia, obligatorium eſſe in hoc caſu* (quo nimirum mandaverat, ut pecuniam TITIO fœnori dares) *Mandatum, quia non aliter Titio crediſſes, quàm ſi tibi mandatum eſſet.* Idipſum placet Ulpiano in *l. 6. §. 5. ff. mand. ſeu b. t.* ibi: *ſi non eſſes facturus, niſi mandaſſem.* Jungatur *cit. Hopp. ad §. 6. b.* Et ita à Facultate noſtra Juridica, me referente 27. Junii Anno 1731. reſponſum fuit.

2 Uti autem Mandatum originem ſuam ducere à Jure Gentium (quod eſt *Cauſa Effectiva Remota*) aliunde ex *§. 2. Inſt. de J. N. G. & C.* deducitur, ita etiam conſtat, mandare, & mandatum ſuſcipere poſſe (intellige quoad negotia extrajudicialia) qui alias (en *Cauſa Efficiens Proxima*) contrahere, & contrahendo obligari, neque ſpecialiter ſunt prohibiti. Prohibentur (I.) Milites & Curiales, de quibus vid. D.D. Franz *b. n. 9.* qui de prædiis aliorum conducendis mandatum dare nequeunt *l. 30. & 31. C. de locat.* quam prohibitionem praxin ſuſtuliſſe, teſtatur mox *allegat. Author ibid.* (II.) Fœminæ, quæ mandare non poſſunt, ut alius pro alio (ergo pro ſe licebit *l. 2. C. d. t.*) intercedat *l. 6. l. 16. §. un. l. ult. §. 3. ff. ad SC. Vell.* (III.) Deportati. *l. 2. C. de bon. proſcript.*

Interrogas, num Mandatarius poſſit ſubmandare? Affirmamus de negotio extrajudiciali (de judiciali alibi videbimus) indiſtinctè, adeóque etiamſi negotium ſit grave. Explodenda namque eſt vana illa ſubtilitas, per quam putant, non eſſe poſſibile factum ab alio compleri, quod alii impoſitum eſt, & cur non poterunt facta etiam ab alio vel plus vel minus præſtari? uti his ferè formalibus exclamat Juſtinianus in *l. 13. C. de contr. & committ. ſtipul.* Dein, ſi negotium minùs idoneo ſubmanda-

jam ſit negotiorum geſtor, & quà talis tenetur tertio, cujus negotia mandavit. vid. *l. 21. §. fin. l. 28. ff. de negot. geſt.* At; inquies, hoc non eſt tantum tertii (quod tamen in *§. 2. b. & l. 6. §. 4. l. 8. §. 6.* requiritur) ſed & mandantis intereſſe. Verum non licet captare verba; negotium commiſſum, ejúſque utilitas tertium ſolummodo tangit; ipſum mandatum verò, ejúſque periculum mandantem reſpicit; ſibi enim imponet, quòd tertii negotium mandaverit. Séque, committendo alteri hujuſmodi negotium, periculo commiſerit, reíque alienæ ingeſſerit.

Digitized by Google

datum, maléque ſit geſtum, competit utique mandanti contra mandatarium, ſeu ſubmandantem actio mandati *l. 8. §. 3. ff. h.* Accedit, quòd in hac lege tantùm excipiantur (ante litem conteſtatam) negotia judicialia, ibi: *Ad agendum enim DUNTAXAT id facere non poteſt.* Limita, ſi voluntas Domini, vel juris authoritas, uti fit in *c. ult. de procurat. in 6.* abſolutè refragetur, vel ex circumſtantiis apertè poſſit colligi, eſſe electam præcisè perſonæ induſtriam, quód fieri poteſt in ſpeciali artificio. *Inter artifices enim* (ait Ulpianus in *l. 31. ff. de ſolut.*) *longa differentia eſt, & ingenii & naturæ & doctrinæ & inſtitutionis, Voët. ff. h. n. 5.* Neque contrariatur huic Aſſertioni Venulejus in *l. 15. §. 2. ff. de div. temp. præſc.* ubi ad ſubmandandum videtur requiri conſenſus primò mandantis. In verbis: *quòd, ſi is quoque, cui mandatum erat, alii vendendum mandaverit, non aliter bujus, qui poſtea mandaverat, dandam acceſſionem, Labeo ait, quàm, ſi idipſum Dominus ei permiſerit.* Nam imprimis non loquitur de valore mandati, ſed de acceſſione temporis, ad præſcriptionem imputanda, quæ ſupponit valorem mandati vel ſubmandati. Deinde Ly *permiſerit* non indicat conſenſum expreſſum, ſeu poſitivum, ſed negativum, quatenus ſubmandare non prohibuit, ut notat *Accurſius ad d. l.*

Objectum Mandati ſunt negotia aliena Honeſta, *l. 6. §. 3. l. 22. §. 6.* 3
ff. h. Mandatum enim contra bonos mores non eſt obligatorium, ait Imp. in *§. 7. h.* (a) Intellige inter ipſos contrahentes: Nam in ordine ad tertium, cui fortè ex tali mandato damnum illatum eſt, uterque contrahentium obſtringitur: & itaquidem, ut, etſi mandatarius per imprudentiam (ſecùs, ſi per malitiam) exceſſerit fines mandati, mandans teneatur, *arg. l. 38. §. 5. ff. de pœn. Hub. h. n. 5. Hopp. ad cit. §. 7.* Futura *l. 12. §. 14. ff. h. t. ſi poſt creditam pecuniam* (inquit Ulpianus) *mandavero creditori credendum, nullum eſſe mandatum, rectiſſimè Papinianus ait.* Et omninò prudenter! quia voluntas mandantis debet influere in voluntatem mandatarii, eámque movere, ſeu determinare ad negotium adminiſtrandum aliàs mandatum non erit, ſed negotiorum geſtio, *l. 20. §. 1. ff. d. t.* ibi: *nam mandati actio non poteſt competere, cùm non anteceſſerit mandatum.* Neque expaveſcas vulgatam regulam, quòd ratihabitio mandato æquiparetur, *c. 10. de R. J. in 6.* Nam hoc verum ſolummodò eſt, ſi ratihabitio, negotio adhuc calente, ſecùs ſi illo finito, ſeu perfecto, ſuperveniat, *l. 9. ff. de neg. geſt.* ibi in fin. *Erit igitur, & POST RATIHABITIONEM ne-*

(a) Hinc, ſi adoleſcens luxurioſus tibi mandet, ut pro meretrice fidejubeas, vel ut ei pecuniam credas, mandati tibi nullatenus tenetur, quaſi enim perdituro pecuniam credere videris *l. 12. §. 11. ff. h. t.* Quid ſi quis mandaverit credere filiofamilias? Vid. *d. l. 12. §. 13.*

Digitized by Google

gotiorum geſtorum actio. Dicet quis, verificari regulam etiam, ſi negotio perfecto ratihabitio ſuperveniat, ùt velle videtur Ulpianus in *l. 60. ff. de R.J.* ibi: *ſed & ſi quis ratum habuerit, quod geſtum eſt, obſtringitur mandati actione.* Idem ſanxit Juſtinianus in *l. fin. C. ad SC. Maced.* ubi vult ratihabitionem ſemper debere retrotrahi, & confirmare ea, quæ ab initio ſubſecuta ſunt. *Neceſſe enim eſt* (inquit) *patris ratihabitionem, vel principali mandato patris, vel conſenſui non eſſe abſimilem, cùm noſtra novella lege* (eſt *l. 25. C. de donat. inter vir. & uxor.* ibi: *ſicut & alias ratihabitiones negotiorum geſtorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta ſunt) generaliter omnis ratihabitio prorſus retrotrahatur, ut confirmet ea, quæ ab initio ſubſecuta ſunt.* At vel iſtæ LL. intelligendæ ſunt de caſu, ubi ratihabitio in continenti, finito negotio, ſupervenit, vel, & quidem meliùs! quòd ratihibitio tantùm in præjudicium ratihabentis, & in effectu perinde habeatur, ac ſi ab initio mandâſſet, non item, quòd abſolutè in mandatum tranſeat, aliàs vix, vel ſaltem rariſſimè dabitur locus actioni negotiorum geſtorum. Voët. *ff. de neg. geſt. n. ult.* exiſtimat, negotium eſſe deſumendum ex mente, ſeu animo ratihabentis, quo animo videlicet ratihabuerit, ad exemplum *l. 7. §. 12. ff. de pact.* Intereſt autem multùm, nam præter hoc, quòd actio mandati famoſa ſit, quod & in foro adhuc obſervari notat *Stryck. h. t. §. 3.* in mandato non tam ad utilitatem, quàm mandati terminos, quos ſervare debet mandatarius, ſit reſpiciendum, econtra in negotiorum geſtione principaliter ſpectandum, num utiliter negotium geſtum ſit. Utramque actionem in caſu poſito admittit *Hub. ff. de neg. geſt. n. ult.* ad exemplum actionis pro ſocio, & communi dividundo, quæ concurrere dicuntur in *l. 38. §. 1. ff. pro ſocio.*

4 Forma deſumi ſatis poteſt ex definitione. Hoc unicum addimus, poſſe intervenire, ſalvâ ſubſtantiâ mandati, honorarium, quod, ſi detur pro opera ingenii, vel arte quadam liberali, nuncupatur ſalarium.(a) Cæterùm circa honorarium in mandato ulteriùs videndum, num conventum ſit de certo honorario, vel ſimpliciter, nulla determinatione quanti, aliquid promiſſum fuit. Si hoc? *ſalarium incertæ pollicitationis* (inquit Papinianus in *l. 56. §. 3. h.*) *neque extra ordinem rectè petitur, neque judicio mandati, ut ſalarium tibi conſtituat.* Idem ſtatuunt Impp. in *l. 17. C. eod.* Si prius: agi quidem poteſt, ſed extra ordinem, *arg. l. 1. C. d. t.* ibi: *de ſalario autem, quod promiſit, apud Præſidem Provinciæ cognitio præbebitur.* Adeóque non prævia actione mandati perperam pro certo ven-

(a) Multùm tamen differt mandatum à commendatione, cùm illud, non hæc obliget *d. l. 12. §. 12. ff. h. t.* vid. inſuper exemplum notabile in *l. 10. §. 7. ff. eod.*

venditat *Hopp. h. ad §. 13.* Verùm, quid ad hæc Ulpianus? Ait ille in *l. 6. pr. ff. eod. ſi remunerandi gratiâ honor intervenit, erit MANDATI ACTIO.* Vult dicere, quòd, etiamſi in mandato intervenerit honorarium, nihilominùs maneat mandatum, & exinde naſcatur mandati actio: Sed non ad ipſum ſalarium, ſed ad alia, quæ veniunt ex natura mandati, conſequenda, *arg. d. l. 1. C. d. t. Voët. ff. eod. n. 2. Hub. h. n. ult.* Nondum, ùt imaginor, adhuc ſatis intelligis, quomodo in effectu ſalarium, ſeu honorarium, ſi certum ſit, differat à mercede, vel ab alia re, quæ poteſt intervenire & facere contractum innominatum? In eo vel maximè differunt, quòd merces vel res, quæ datur in contractibus innominatis, debeat per ſe loquendo eſſe proportionata labori, ſeu operis, aliàs erit injuſta, non item ſalarium, & ideo non poteſt eſſe injuſtum, ſive excedat, ſive non adæquet; Inde fluit, quòd operæ ingenii, utpote pretio inæſtimabiles, non mercedem, ſed tantùm ſalarium, ſeu honorarium recipiant, *arg. l. 1. §. 15. ff. de extraord. cognit. l. 38. §. un. ff. locat.*

Effectus proximus eſt obligatio tum principalis, tum minùs principalis: Principaliter autem obligatur Mandatarius (I.) ad negotium fideliter, & juxta fines, ſeu limites mandati gerendum. (II.) Ad ea, quæ intuitu mandati acquiſivit, & ex natura contractûs veniunt, præſtanda. (III.) Ad damna, dolo vel culpa data, reſarcienda. Dixi: *juxta fines mandati*, quos, ùt normam ſervare debet, *§. 8. h.* Non tamen ſtatim cenſetur exceſſiſſe fines mandati, ſi eos quidem non ſervavit (ſaltem explicitè) apertè tamen conditionem mandantis meliorem fecit: hinc poterit haud dubiè rem ſibi commiſſam vel cariùs vendere, vel viliori pretio, quàm ſibi mandatum eſt, emere, *l. 5. §. fin. ff. h.* Non tamen vice verſa: Hinc, ſi viliùs vendat, non transfert dominium, poterítque mandans rem vindicare, niſi emptor paratus ſit, id, quod deeſt ſupplere, *d. l. 5. §. 3. & 4 ff. d. t.* ſi cariùs emat, habet quidem actionem ad ſummam tibi demandatam (quod tamen olim dubitabatur, rationem vide-ſis apud Paulum in *l. 3. §. fin. ff. h.*) non tamen ad exceſſum, *d. §. 8. h.* Et ita intellige generale effatum Gaji in *l. 41. ff. eod.* ubi (ſaltem implicitè) refutatur etiam ratio Pauli in *d. l. 3. §. fin. ff. h. t.* vid. deſuper *Vinn. h. ad d. §. 8.* Habebit (inquies) ſaltem actionem negotiorum geſtorum? Neque: quia domino invito cariùs emit, & plus erogavit, idcircò omnis actio denegatur, *arg. l. 40. ff. d. t. l. ult. C. de neg. geſt.* Et apprimè quadrabit huc ratio Papiniani in *l. 31. §. 4. ff. de neg. geſt.* quòd ſcilicet *voluntas* (mandantis) *finem erogationis fecerit.* Poterit tamen mandatarius exceptione ſibi conſulere, retinendo nimirum rem cariùs emptam, 5

Digitized by Google

niſi ſibi exceſſus ſolvatur. *Hub. b. n. 8.* (a) Cæterùm, quamvis liceat rem mandatam viliori pretio, non tamen licebit aliam emere, licèt credatur mandanti utilior, *d. l. 6. §. 2. ff. b.* Qui rigor vel maximè procedit in negotiis militaribus (obruimur equidem undique curis bellicis) *in bello* (ſunt verba Modeſtini *in l. 3. §. 15. ff. de re milit.*) *qui rem à Duce prohibitam fecit, aut mandata non ſervavit, capite punitur, etiamſi rem benè geſſerit. D.D. Franz b. n. 21.* (b) Dixi: *Ad ea, quæ ex natura contractûs veniunt, præſtanda.* Id eſt, ſi rem v. g. vendidit, & pretium accepit, ad illud reſtituendum ſuo principali, &, ſi moram contraxit, ad uſuras vid. notabilis textus in *l. 10. §. 2. & 3. ff. b.* eſt enim contractus bonæ fidei, utpote bilateralis, ubi præſtandæ ſunt uſuræ, *l. 34. ff. de uſur. vid. tamen l. 13. §. 1. ff. b. t.* Subſiſtis! num, qui mandatum habet de re vendenda, poſſit etiam pretium petere? Affirmamus cum *Facbin. contr. lib. 2. c. 93.* Idque probatur tum ex *l. 35. ff. de ſolut.* tum etiam ex ratione ſatis congrua, quòd, cui eſt conceſſus finis, ſint etiam conceſſa media, *l. 2. ff. de juriſd. l. ult. §. 1. ff. de off. ejus, cui mand. eſt juriſd.* Jam ſolutio mandatario facienda, exinde videtur neceſſaria, quia emptor, niſi pretium ſolvat (vel habeatur de eo fides) non poteſt efficaciter mercem petere, *l. 13. §. 8. ff. de A.E.V.* Neque in contrarium movent textus, quos allegat *Voët. ff. de ſolut. n. 3.* ſunt autem *l. 86. ff. de ſolut. l. 13. ff. de pact.* Nam loquuntur de procuratore ad litem, cui uti non datur actio judicati, ita nec eidem poteſt fieri ſolutio. Neque obſtat, quòd habens mandatum ad locandum non poſſit hoc ipſo exigere mercedem, *l. 1. §. 12. ff. de exercit. act.* Nam diſpar eſt ratio, cùm penſio non ſtatim debeatur, uti pretium. Dixi: *Ad damna dolo vel culpa data reſarcienda.* Hic

6 Ambigitur, de quali culpa teneatur Mandatarius (Mandans enim, cùm regulariter de illius tantùm commodo agatur, tenetur de leviſſima) Alii ad latam, alii ad levem, alii ad leviſſimam præſtandam adſtringunt. Omnes benè, ſi juxta naturam negotii intelligant; Id eſt, ſi negotium con-

(a) Quid ſi mandatarius, ſe plus dediſſe, indicet, & mandans non contradicens rem recipiat? Ait Vinn. ubi ſuprà, cenſeri mandantem approbare negotium, eò quod ratihabitio mandato æquiparetur. *l. 12. in fin. ff. h. c. 60. de R. J. in 6.* Verùm, cur non potiùs erit præſumendum, mandantem uti velle jure ſuo, adeóque rem accipere eo pretio, quod mandatum eſt? ſibi enim imputet (cogitabit mandans) quod plus dederit, & ita mandati fines exceſſerit.

(b) Quid ſi mandaverim, ut vulnerares, tu verò occidiſti? Reſpondet Hopp. *h/e ad §. 7.* Si ſtudio feciſti, non teneri me de occiſo, quia tua malitia, non meum mandatum cauſa fuit homicidii, ſi verò ex imperitia, teneor, quia ex mandato ſecutus fuit exceſſus. *arg. l. 38. §. 5. ff de pœnis.* Sibi enim imputare debet mandans, quòd homine imperito uſus ſit, & aliunde vulnera non poſſint dari ad menſuram *arg. l. 15. pr. ff. ad L. Corn. de ſic.* At cur non imputabitur, quòd uſus ſit homine malitioſo?

Digitized by Google

contentum ſit qualiquali, adeóque etiam minimâ diligentiâ: fortè mandâſti, ut proximis nundinis tibi emam Corpus Juris certæ editionis, præſtabitur tantùm culpa lata, ita intellige Ulpianum *l. 8. §. fin. ff. h.* Si negotium requirat diligentiam mediocrem, uti pleraque negotia extrajudicialia, v. g. mandâſti, ut tibi emerem pannum, lintearia, equum &c. præſtabitur culpa levis, *l. 23. ff. de R. J. l. 11. C. d. t.* ſi autem negotium aliâ diligentiâ, quàm exactiſſimâ perfici benè vix poſſit, ùt ſunt plerumque negotia judicialia, vel ſi mandatum ſit, ut emantur res, ubi quis ſine accuratiſſima diligentia facilè decipi poteſt, v. g. gemmæ, præſtanda erit culpa leviſſima, *arg. l. 13. & ibi Brunn. n. 1. & 2. l. 21. C. eod.* Non officit, quòd in depoſito tantùm præſtetur culpa lata. Nam in hoc contractu nihil gerendum, ſed nuda cuſtodia, quæ non induſtriam, ſed tantùm bonam fidem exigit, committitur: *cit. Voët. ff. h. n. 9.* Ratio verò, cur hic recedamus à regula generali, juxta quam præſtatio culpæ ab utilitate menſuranda eſt, in eo conſiſtit, quòd mandatum, ex dictis, fundetur in amicitia: Amicus autem, dum negotium ſuſcipit, cenſetur promittere illam diligentiam, quam exigit natura negotii, conſequenter, ſi illam omittat, hoc ipſo culpam præſtandam committit. Ita cum aliis Noſtrates communiter. Minùs principaliter obligatur Mandans ad Mandatarium ratione expenſarum intuitu mandati bona fide factarum, nec non damnorum, ex quacunque culpa mandantis cauſatorum, indemnem ſervandum, *vid. l. 12. §. 9. & ult. l. 27. §. 4. l. 56. §. fin. ff. h.* Unde notabiliter differt à commendatione, quæ commendantem, niſi ſit qualificata, habens quamdam ſpeciem fidejuſſionis, non obligat, *l. 12. §. 12. ff. d. t. Voët. ff. eod. n. 1.*

Quid autem, ſi Mandatarius damnum caſu fortuito, v. g. à latronibus ſpoliatus, paſſus ſit? Liberum pronunciat ab hoc damno præſtando mandantem JC. Paulus in *l. 26. §. 6. ff. eod. Non omnia*, infit, *quæ impenſurus non fuit, mandatori imputabit* (Mandatarius) *veluti, quòd ſpoliatus ſit à latronibus, aut naufragio res amiſerit, vel languore ſuo, ſuorúmque, adprehenſus erogaverit, nam hæc magìs caſibus, quàm mandato imputari oportet.* Econtra condemnare eum videtur Africanus *in l. 61. §. 5. ff. de furt.* ubi, ſi quis mandavit, ut ſervus Stichus, quem furem ignorabat, ematur, ſervus autem nequam mandatario furtum commiſerit, obſtringitur mandans ad damnum reſarciendum. Et vix difficultatem evitabis, ſi dixeris, hunc textum ſupponere de caſu, quo præceſſit culpa, ſaltem mandatarii, quatenùs in mores ſervi meliùs inquirere debuiſſet; Nam ratio ſubnexa, utpote nimis generalis & prægnans, hanc reſponſionem non admittet: *juſtiſſimè* enim Procurator allegabit: *non fuiſſe ſe id dam-*

Digitized by Google

num paſſurum, ſi id mandatum non ſuſcepiſſet. Paulò pòſt: *Multò tamen æquius eſſe, nemini officium ſuum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam ſui commodi cauſa ſuſceperit, damnoſum eſſe.* Nos, ſuppoſito imprimis, quòd per ſe loquendo res pereat ſuo domino, & nulla planè culpa præceſſerit, exiſtimamus Paulum ad juris rigorem, Africanum verò in verbis: *juſtiſſimè: multò tamen æquius:* ad æquitatem reſpexiſſe. Sanè ex æquitate hodie ſuccurrendum mandatario poſt alios, quos citat *Voët. ff. h. n. 13.* exiſtimat *Anton. Faber Cod. l. 4. tit. 26. def. 29.* Contra nihilominus ſentit *Titius in Theſ. Jur. h. n. 59.* ex ratione, quòd mandatarius ſuſcipiendo mandatum cenſeatur in ſe ſuſcepiſſe damnum caſu emergens.

Effectus Remotus eſt Actio directa, & contraria. Directa datur Mandanti, & hæredibus, contra Mandatarium, ejúsque hæredes, ut præſtanda præſtet, ſeu, ut obligationi ſuæ ſatisfaciat. Contraria competit Mandatario & hæredibus contra mandantem, atque ejus hæredes, ut ſervetur indemnis, juxta mox tradita; vid. inſuper *Hub. h. n. 8.* Eſt utraque Perſonalis, Civilis, Rei perſecutoria, Bonæ fidei, Perpetua, Prior inſuper Famoſa *§. 2. de pœn. temer. litig.* turpiſſimum ſiquidem eſt violare fidem & amicitiam, in quibus fundatur mandatum; nam nemo ferè mandat, ùt ait *Cic. pro Roſc.* niſi amico, neque credit niſi ei, quem fidelem putat: Non item (ſaltem regulariter) poſterior, id eſt, contraria. *l. 6. §. 5. & ult. ff. de his, qui not. inf.*

7 Mandato contrariantur modi, quibus ſolvitur. Solvitur autem (I.) Mutuo utriusque conſenſu, utì aliunde notum eſt. (II.) Revocatione Mandantis, quæ fieri poteſt, non tantùm re integra, ſed etiam non integra, dummodò mandatarius ſervetur indemnis, durum enim foret, mandantem cogere, ut patiatur id perfici, quod ſui gratiâ cœptum eſt; & revocatio ad notitiam mandatarii pervenerit. *arg. l. 15. ff. h. arg. l. 12. §. 16. & l. 15. ff. d. t. Vinn. ad cit. §. 9. eod.* (III.) Renuntiatione Mandatarii, ſi fiat tempeſtivè, ita, ut negotium, vel ab ipſo principali, vel ab alio commodè adhuc geri poſſit *§. 11. h.* vid. *l. 22. §. fin. l. 23. & 24. ff. d. t.* Equidem non naſcitur obligatio, niſi contrahentium intereſſe cœperit *l. 8. §. 6. ff. h.* ſive igitur alter revocet, ſive alter tempeſtivè renunciet, alterius non intereſt, cùm adhuc ſervetur indemnis *Hub. h. n. 9.* (IV.) Morte mandatarii *§. 10. h.* non tam, quia eſt electa perſonæ induſtria, quàm, quia aliàs negotium in eum, cujus induſtria, neque à mandante, neque à mandatario electa, vel cognita eſt, gerendum incideret. Dixi: *re adhuc integra.* Negotium enim à defuncto cœptum ab ejus hærede, modò ſit idoneus, ad finem perducendum eſt, *arg. l. 27. §. 3. & l. 57. ff. eod. Hopp. add. §. 10. h.* (V.) Morte

Digitized by Google

te etiam Mandantis rurſus re adhuc integra *d. §. 10.* quòdſi tamen per ignorantiam (facti) impletum ſit, utilitatis cauſâ negotium implenti actio mandati contra hæredem pro indemnitate conſequenda competere dicitur in *l. 26. pr. ff. b. t.* Sanè data Aſſertio procedit, eſto mandatum collatũ ſit expreſsè ad tempus mortis, ſuppoſitô, quòd reſpiciat negotium inter vivos, velut ſi mandarem debitori meo, ut poſt mortem meam ſolvat Titio *l. ult. in fin. ff. de ſolut.* ſecus, ſi ſapiat ſpeciem ultimæ voluntatis, ùt ſi mandem chirographa poſt mortem meam debitoribus reſtitui, *l. 18. §. 2. ff. de mort. cauſ. donat.* aut, ut poſt mortem meam hæredibus fundus ematur *l. 13. ff. b.* vel, ſi tale ſit negotium, quod primùm poſt mortem poteſt executioni dari, ùt ſi mandarem, ut mihi Epitaphium exſtruas. In ejusmodi enim caſibus mandatum morte nullatenus exſpirat, ſed potiùs, eâ ſecutâ, executioni dandum eſt *l. 12. §. fin. ff. b. t. D.D. Franz b. n. 31.* Neque obſtat priori membro, quòd ei, *qui mandato meo poſt mortem meam ſtipulatus eſt, rectè ſolvatur, quia talis eſt lex obligationis, Ideóque etiam invito me rectè ei ſolvitur*; uti diſcurrit Paulus in *d. l. ult. ff. de ſolut.* Nam caſus legis eſt, ubi uterque contractus tum mandati, tum ſtipulationis, vivo mandante perfectus fuit, eſto ſtipulatio fuerit ad tempus mortis concepta, adeóque rectè fit ſolutio ex ſtipulatione, quæ à mandato originem duxit, & eo durante, nempe ante mortem mandatarii, inita, hinc eſt, quòd in *d. l.* dicatur etiam invito mandante ſolutionem rectè fieri, cùm ſtipulans vivo mandante ex ſtipulatione jam jus acquiſiverit: hinc toties mandatum durat, quoties ſubjicitur actionibus jam venditis, donatis legatísve, aut alio proprietatis titulo in alium translatis, quia potiùs ex natura tituli principalis, quàm ſuâ propriâ æſtimantur, ùt optimè advertit *Hub. b. n. 10.* Ratio autem generalis, quòd mandatum contra communem juris regulam, quâ placet, hæredem in omne jus defuncti ſuccedere, morte utriusque extinguatur, fundatur in amicitia, fidéque electa, quod eſt quid perſonaliſſimum, non egrediens perſonas contrahentium *arg. l. 8. §. 3. ff. de lib. leg.* Solvitur demùm (VI.) finito negotio, ſeu tempore, ad quod mandatum datum, ſeu reſtrictum fuit, ùt per ſe clarum eſt, & hinc etiam ſatis eſto de obligationibus, quæ ex contractibus verè talibus oriuntur.

Jam ſit

)(o)(

TI-

TITULUS XXVIII.

De Obligationibus, quæ quaſi ex contractu naſcuntur.

POſt *genera contractuum enumerata diſpiciamus* (inquit Imperator noſter in *pr. h. t.*) *etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè naſci ex contractu intelliguntur, ſed tamen, quia non ex maleficio ſubſtantiam capiunt, quaſi ex contractu naſci videntur.* Inferri ex his poſſet, duas tantùm univerſim eſſe cauſas productivas obligationis, nimirum negotium licitum, quo comprehenduntur contractus *Verè* & *Quaſi* tales, & illicitum, cujus nomine veniunt Delicta *Verè* vel *Quaſi* talia, hoc ipſo, quòd Imperator inter maleficia & contractus, verè, aut quaſi tales nullum agnoſcat medium: idcirco non ſubſiſtent ea, quæ docuimus ſupra *tit. 14. part. 1. n. 4.* ubi ſimul adſtruximus æquitatem naturalem. Verùm huic illationi non multùm inhærendum eſſe, exinde liquidum eſt, quòd Imperator, omiſſis obligationibus, quæ nullum factum, de ſe ordinatum ad actionem producendam præceſſiſſe, ſupponunt, hîc tantùm loquatur de obligationibus, quæ ex *facto prævio* oriuntur, uti ſufficienter mentem ſuam exponit per exempla, quæ in *§§. ſeqq. h.* adducit, & colligitur etiam ex JCto Gajo in *l. 5. pr. & §§. ſeqq. ff. de O. & A.* factum autem prævium, haud dubiè debet eſſe licitum vel illicitum (indifferentia enim ad obligationem pariendam non ſufficiunt) Jam facta ſunt quædam apertè illicita, quæ Delicta *verè talia*, conſtituunt, quædam quaſi in medio poſita; vel negotiis licitis, quorum naturam magis imitantur, & dicuntur termino uſitato *Quaſi contractus*; vel illicitis, quorum ingenium magis præſeferunt, vocantúrque *Quaſi delicta*, aggreganda ſunt. Non abnuimus, circumductiùs fuiſſe Juſtinianum locutum, dum non rotundè *quaſi contractus*, ſed obligationem *quaſi ex contractu, vel quaſi ex delicto* naſci affirmat in gemina *Rubrica.* & ibi *in princ. Inſtit. de oblig. quæ quaſi ex contract. & de oblig. quæ quaſi ex delict. naſcunt.* Interim doctrinæ cauſa ob linguæ paupertatem ejusmodi termini, ſicut actio *quaſi* Serviana, peculium quaſi Caſtrenſe, aut denique *quaſi* maritus *l. 32. §. pen. ff. de donat. int. vir. & uxor.* tolerari debent. Quaſi contractus igitur nihil aliud ſunt, quàm facta honeſta. ex quibus ſine conventione naſcitur obligatio, quatenus ſcilicet ex ejusmodi facto jura, ita exigente æquitate naturali, quæ ex ipſa re apparet, quò ſpectat dictum Pauli in *l. 46. ff. de O. & A.* præſumunt, vel fingunt conſenſum præceſſiſſe. Dixi: *præſumunt vel fingunt*, & quidem ita, ut tali præcedente facto non admittatur pro-

ba-

batio in contrarium, ſi fortè aliquis probare vellet, ſe nullatenus in hanc obligationem conſenſiſſe. Exinde ulteriùs ſequitur, errare illos, qui volunt, quaſi contractum oriri ex conſenſu tacito; nam conſenſus tacitus, utpote verus, parit contractum verè talem, veluti patet de mandato ex *l.6.§.2. ff. mand.* de ſocietate in *l.4.ff. pro ſocio.* de locatione-conductione in *l.13. §.fin. ff. locat.* Deinde, ſi hoc? quomodo furioſi, infantes, ignorantes, quibus neque tacitus conſenſus adſcribi poteſt *arg. l.3. ff. de R.J.* ex quaſi contractu teneri poterunt, quod tamen aſſeritur in *§.1. h. & l.2. l.3. §.5. l.6. princ. ff. de negot. geſt.* Addatur *Hub. h. n. 1.* Nondum, ùt adverto, percepiſti, quomodo conſenſus tacitus & præſumptus diſcerni poſſint? Ad conſenſum tacitum eruendum, requirunt leges tractatum aliquem inter contrahentes v.g. in ſocietate collationem bonorum *l.31. & ſeq. ff. pro Socio.* Ad præſumptum verò, eſto factum ſaltem alterutrius contrahentium requiratur, nullo tamen opus eſt contractu prævio. *Hopp. h. ad princ.* Ex quibus patet, contractus quaſi tales, commodè poſſe deſcribi, quòd ſint illi, *qui perficiuntur conſenſu à lege generaliter præſumpto, ſeu ficto*, vel ſi mavis *ſuppleto.* Non moramur *Coccei ff. de pact. quæſt. 2.* & latiùs *12.* ubi paradoxum putat, conſenſum fingi, adeóque reverà non adeſſe, cùm tamen, áit, tota ratio pacti in genere, ſub quo continentur quaſi contractus, in conſenſu conſiſtat: Ita eſt: in conſenſu vel vero, vel ficto. (a) Horum numerantur in *h.t.* (ſed potiùs exemplificativè, quàm taxativè, plures enim eſſe, patebit infra) Quinque. Negotiorum geſtio, Tutelæ adminiſtratio, Communio Rei tum Univerſalis, tum Particularis, Hæreditatis Aditio, & Solutio, ſeu meliùs, Acceptio Indebiti. De quibus & aliis ordinatim.

(a) Fruſtra, inquit, præſumimus, vel fingimus conſenſum, ubi, qui conſentire debet, prorſus eſt invitus; ſæpiſſimè autem eſt invitus, v.g. in reſtitutione indebiti; in tutela, communione tum hæreditatis, tum rerum particularium, *l. 38. ff. de condict. indeb. l. 13. in fin. ff. commod. l. 32. in fin. ff. de R. C. l. 19. ff. de R. J.* Vel conſenſus præſumptus, pergit Author, ſufficit ad probandum conſenſum, vel non? Si illud? Erit contractus verè talis; ſi hoc? nullo modo poterit eſſe contractus, utpote, qui eſſentialiter conſenſum requirit. Accedit, quòd in his negotiis obligentur etiam infantes, & alii, in quibus conſenſus eſt impoſſibilis. Sed iſta minimè movent; Siquidem *ad primum* eſt quidem alter quandoque invitus; at peſſimè; hinc jura ejus diſſenſum non attendunt, ſed potiùs ex facto conſenſum inferunt. *Ad alterum* reponitur, omninò ſufficere, cùm ſit præſumptio juris & de jure, ſeu potiùs fictio, quæ tamen ad contractum verè talem non ſufficit, quia in conſenſu vero & ficto conſiſtit eſſentialis differentia contractuum verè & quaſi talium. *Ad tertium* eſt impoſſibilis pro hic & nunc; ſed non pro ſemper, & dum advenit uſus rationis. Malè igitur docet Author Celeberrim. obligationem oriri ex ſolo facto.

Digitized by Google

§. I.

De Negotiorum Geſtione.

1 PRimum locum inter quaſi contractus ſibi præripit NEGOTIORUM GESTIO, quæ *eſt quaſi contractus, quo quis negotia aliena ſine mandato gratis adminiſtrat.* Unde plana eſt differentia, qua à mandato tum expreſſo, tum tacito ſecernitur, ſiquidem in mandato etiam tacito geruntur negotia ſcientis vel tacentis, adeóque implicitè mandantis, & in geſtoris voluntatem influentis, *arg. l. 18. ff. mand.* In negotiorum geſtione verò gerimus negotia ignorantis, & plerumque abſentis, cujus conſenſus neque expreſſus, neque tacitus ad gerendum nos movet.

2 Negotia autem aliena gerere omnis poteſt, qui aliàs contrahere, & contrahendo obligari, ſeu qui mandatum ſuſcipere non eſt prohibitus, adeóque tam pater- quàm filiusfamilias, *l. 14. ff. de negot. geſt. arg. l. 39. ff. de O. & A.* ſive Mas, ſive Fœmina, *l. 3. §. 1. ff. eod.* quia negotia gerere non eſt munus virile, ſicut munus procuratorium agere, *l. 2. ff. de R. J.*

3 Ut autem ſit negotiorum geſtio, debet (I.) negotium eſſe *Alienum*, *arg. §. 1. h. & l. 2. ff. de neg. geſt.* Nam, ſi proprium geſſerit, eſto crediderit alienum, non eſt negotiorum geſtio, *l. 6. §. 4. ff. d. t.* quia hic plus eſt in veritate, quàm in opinione, *arg. §. 11. de leg.* cùm nemo ſibi ipſi poſſit obligari. Quid, ſi reverà fuerit negotium alienum, gerens autem crediderit, eſſe proprium? De rigore non erit negotiorum geſtio, uti probat diſcurſus Pauli in *l. 14. §. 1. verſ. Diverſum eſt enim. ff. com. divid.* Ratio ibi datur: *quia neminem mihi obligare volui.* Erit tamen de æquitate, ùt non minùs juſtè argumentatur Africanus in *l. fin. ff. de negot. geſt.* & ſimilem caſum de bon. fid. poſſeſſore hæreditatis, qui expenſas fecit, reſolvit Papinianus in *l. 50. §. un. ff. de pet. hær.* ibi: *Aut actione negotiorum geſtorum repetiturum, veluti hæreditario negotio geſto.* Subſiſtis hic, num ſibi Africanus non contradicat, dum in *l. 38. ff. 2. ff. de ſolut.* in ejuſmodi facti ſpecie, bonæ fidei poſſeſſori accommodat contra creditorem hæreditarium, cui ſolvit, condictionem indebiti. Idem facit Pomponius in *l. 19. §. 2. ff. de condict. indeb.* Difficilis nodus! Solve, non implicare, dari plura remedia, ita, ut ſit in libertate bon. fid. poſſeſſoris, agere contra verum hæredem actione negotiorum geſtorum, vel contra illum, qui accepit, condictione indebiti: Sed quid, quòd Africanus dicat, verum hæredem per ſolutionem hæredis putativi non liberari in *d. l. 38. §. 2. ff. de ſolut.* & in *d. l. ult. ff. de neg. geſt.* liberari? Ita eſt, non

li-

liberatur de rigore, & ſtatim ipſa ſolutione, ſed de æquitate & ſupervenienie primò ratihabitione veri hæredis: deinde *d. l. fin.* loquitur de caſu, quo creditori ſpecies ſibi debita fuit ſoluta, qua accepta, debitor haud dubiè liberatur, quia eam ampliùs dare non poteſt, jungatur *l. 44. ff. de cond. ind.* in *d. l. 38. §. 2.* econtrà ſermo eſt de quantitate, per cujus ſolutionem, utpote rei incertæ, à tertio factam, non ita facilè contingit liberatio: Dici etiam poterit cum *Voëtio ff. de neg. geſt. n. 13.* Si poſſeſſor nomine proprio ſolverit, verum hæredem non liberari *l. 31. pr. ff. de pet. hæred.* ideo competere condictionem indebiti, ſi verò quà hæres nomine hæreditario, liberari, & exinde, cùm ceſſet condictio contra creditorem, recurrendum eſſe ad actionem negotiorum geſtorum. Illud ſanè non intereſt, fueritne negotium Titii, vel Sempronii, & ego in perſona erraverim, ſufficit enim, quòd ſit alienum, *l. 5. §. ult. l. 6. §. 8. de neg. geſt. Voët. ff. eod. n. 12.* (a) Quid, ſi partim ſit proprium, partim alienum? Si negotium erat diviſibile, ùt, ſi ſolvi integram ſummam, quam ego & Titius debebamus, eſt negotiorum geſtio, *l. 3. & 19. C. de neg. geſt.* Ratio datur in *l. 40. ff. d. t. & l. 6. §. 7. ff. com. divid.* quia potui meam partem ſolvere, quin ſolverem alienam. Quòdſi negotium erat indiviſibile, ùt, ſi ædes communes locaverim, vel refecerim, dabitur actio communi dividundo. Rationem ſubminiſtrat Ulpianus in *d. l. 6. §. 2. ff. com. divid.* ibi: *Cæterùm enim alias communi dividundo judicio locus erit, ùt Papinianus ſcribit, niſi id demum geſſit, ſine quo partem ſuam rectè adminiſtrare non potuit, alioquin, ſi potuit, habet negotiorum geſtorum actionem, eáque tenetur.* Limita, ſi ſint ſocii, ubi ſubintrat actio pro ſocio. Debet (II.) eſſe Negotium *Abſentis* (regulariter) vel ſaltem *Ignorantis*, *l. 41. ff. de neg. geſt.* Idem eſt, ſi ſciat quidem, ſed habeatur pro ignorante, ùt contingit in furioſis, prodigis, pupillis, *arg. l. 3. §. 5. ff. d. t.* Aliàs enim, ſi ille, cujus negotium geritur, ſciat, & taceat, cùm poſſet contradicere, jam tranſit in mandatum, ex dictis. Excipe tamen, ſi ego Geſtor non ſciam, alterum, cujus negotia gero, ſcire, quia illius ſcientia non me movet ad gerendum; hinc manet negotiorum geſtio, *D. D. Franz h. n. 7.* Et demum (III.) opus eſt (ſaltem ut compe-

 tat

(a) Hic tamen advertendum, num objectum geſtionis fuerit *corpus*, vel *nudum factum*, v. g. ſolutio pro alio facta fortè non creditori? Priori caſu expenſas peto à domino corporis, eſto erraverim in ejus perſona, & ille, cujus nomine feci, approbaverit. *d. l. 6. §. 11. ff. de neg. geſt.* Econtra *in facto* datur actio contra eum, qui ratihabuit. *d. l. 6. § 9. & 10.* Unde ſi debitum à non debitore exegerim, & fuerit ſolutum, túque approbâſti, datur tibi contra me actio negotiorum geſtorum; non verò creditori, & ſolvens non contra me, ſed contra te condictione (indebiti) agit. *d. l. 6. §. 9. & l. 80. §. 5. ff. de furt.*

tat actio contraria, nam directa ſemper datur, vid. *l. 6. §. 3. 4. & 11. ff. de negot. geſt. Cocc. jur. contr. ibid. quæſt. 1.)* ut geratur animo alterum ſibi obligandi, non donandi, *l. 11. & 15. C. d. t.* animus verò donandi in dubio non præſumitur, *arg. l. 25. pr. ff. de probat.* Inde fluit, quòd

4 Effectus proximus Negotiorum geſtionis ſit obligatio, tum principalis, tum minùs principalis: Principaliter autem obligatur, qui negotium ſuſcepit, ad illud ritè gerendum; ad rationes geſtionis reddendas; ad damna dolo, vel culpa data reſarcienda. (a) Verùm hic

Vehementer dubitatur, de quali culpa teneatur? Omiſſis aliorum opinionibus (ſunt enim variæ) opinamur, in regula teneri de culpa leviſſima. Ad hanc ſententiam nos impellit Imperator in *§. 1. h. t.* ubi, poſtquam generaliter decrevit, illum, cujus negotium geritur, teneri ad negotiorum geſtorem, qui utiliter geſſit, indemnem ſervandum, viciſſim, & quidem generaliter, & parificativè, negotiorum geſtorem condemnat, ut in ordine ad exactiſſimam diligentiam rationem reddat: Textus ita ſonat: *Sicut autem is, qui utiliter geſſit negotia, dominum habet obligatum negotiorum geſtorum, ita & contra, iſte quoque tenetur, ut adminiſtrationis reddat rationem. Quo caſu* (nimirum reddendarum rationum) *AD EXACTISSIMAM QUISQUE DILIGENTIAM compellitur reddere rationem. Nec ſufficit* (en explicat, qualis debeat eſſe exactitudo) *talem diligentiam adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet, ſi modò alius diligentior, eò commodiùs adminiſtraturus eſſet negotia.* Non equidem nos fugit, à non paucis ſumi hæc verba poſtrema taxativè, ut ſenſus ſit, negotiorum geſtorem tunc teneri de diligentia exactiſſima, ſi alius ſe obtulerit, qui diligentiùs adminiſtrâſſet: Sed malè! cùm hæc verba non taxativa ſint, ſed explicativa; vult enim Imperator oſtendere, quid ſit diligentia exactiſſima, & dicit: Illa, quâ majorem alius impendere non potuiſſet: parilem explanationem culpæ leviſſimæ, atque ſimillimum loquendi modum invenies in *§. 2. quib. mod. re contr. oblig.* ibi: *At is, qui utendum accepit* (videlicet Commodatarius) *ſanè quidem exactam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare jubetur; nec ſufficit, ei tantam diligentiam adhibuiſſe, quantam ſuis rebus adhibere ſolitus eſt, SI MODO ALIUS DILIGENTIOR POTERAT EAM REM CUSTODIRE.* Quid, quæſo, eſt aliud, quàm ex-

(a) An de non geſtis, ſeu neglectis teneatur? Non aliter tenetur, quàm ſi inchoaverit. *l. 21. §. 2. ff. de negot. geſt* vel ſit negotium cum geſto connexum, vel ſi alius diligens geſſiſſet, relinquat autem, cùm alium, qui fortè omnia negotia aggreſſus eſt, advertit gerere, quo caſu & ſibi, & pro ſe ſolvere tenetur, aliàs, eſto non fuerit debitum uſurarium, ad uſuras condemnandus. *Sed d. l. 6. §. fin. l. 13. & 35. ff. d. t.* Alios debitores poterit extrajudicialiter interpellare, ut in mora conſtituantur. *l. 40. §. ult. ff. de uſur. arg. d. l. 6. §. 9. ff. de neg. geſt.*

Digitized by Google

explicatio culpæ leviſſimæ, ad quam Commodatarius regulariter tenetur. Uti igitur ineptè quis diceret, ſumi hic hæc verba taxativè, ita & ibi in negotiorum geſtione. Huic ſententiæ non minùs ſuffragatur *l.24.C.de uſur.* ubi mater negotium gerens OMNEM diligentiam præſtare debere dicitur: Nec non ratio ſatis congrua, quòd negotiorum geſtor ſpontè ſe offerat, unde ad culpam leviſſimam ſe adſtrinxiſſe præſumèndus eſt, *arg.l.1. §.35.ff.depoſ.* Accedit, quòd negotiorum geſtor ad plus teneatur, quàm cohæres, vel collegatarius, ùt ex *l. 25. §. 16. ff. fam. erciſc.* ſolidè deducit Vinn. *h. ad §. 1. n. 2. verſ. Hoc idem*; atqui cohæres & collegatarius tenetur de culpa levi, ùt rurſus deducitur ex *d.l.25.§.16.* ergo &c. Præivêre nobis Viri graviſſimi. *Hub. h. num. 2. Voët. ff. de neg. geſt. n. 4. Titius in Theſ. Jur. ibid. num. 17.* latè *Cocc. d.l. contr. 6.* Nec terret, ſi dicas (I.) quòd ſufficiat in paucis amico conſuluiſſe, *l. 20. C. de negot. geſt.* quapropter tum ibi, tum in *l. 7. C.de arbit. tut.* tantùm fiat mentio culpæ levis. (II.) Quòd Tutor tantùm de levi teneatur, *l. 1.pr.ff.de tut. & ration.diſt.* (III.) Quòd de culpa ſimpliciter, cujus nomine venit culpa tantùm levis, teneri dicatur in *l. 11.ff. de neg. geſt.* (IV.) Quòd ſtante hac ſententia nemo ad negotia aliena accederet. Nam *ad primum* vel dici poteſt, textum loqui de eo, qui pro tutore geſſit, qui de alia culpa, quam tutor teneri non debet, *arg.l.pen.ff.de eo, qui pro tut.* vel per culpam levem ibi non excludi leviſſimam, cùm Imperator de illa culpa reſpondeat, de qua fuit interrogatus, conſequenter debebit ille textus ſuppleri per alios clariores. Paritas de tutore *(ad ſecundum)* non urget, quia ille non ſponte, ſed ex neceſſitate officii negotia gerenda ſuſcipit. *Ad tertium* aliunde notum eſt culpæ nomen debere ſumi juxta ſubjectam materiam; adeóque culpæ nomine hìc veniet leviſſima. *Ad quartum* ſit, neminem curaturum negotia aliena: meliùs enim erit negotium intactum relinquere, quàm expenſas inutiles impendere: Quid autem, ſi cogat neceſſitas? tunc tantùm tenetur de culpa lata, *l.3. §.9.ff. de neg.geſt.* Cæterùm, prout hæc in theoria dicta volumus, ita in praxi Judici ſuademus, ut prætermiſſo hoc rigore attendat, num negotium utiliter ſit geſtum, nec ne? Si hoc? reflectendum erit, juxta dicta, ad diligentiam exactiſſimam, quam, ſi geſtor adhibuerit, pro eo pronunciet: Si prius? debebit principalis, cujus negotium geſtum eſt, contentus eſſe, eſto adhibitâ diligentiâ exactiſſimâ meliùs, & utiliùs geri potuiſſet, & hic ſufficiat in paucis amico conſuluiſſe, niſi fortè alius ſe obtuliſſet, qui eô diligentiùs adminiſtrâſſet, quo caſu haud dubiè etiam pro caſu practico negotiorum geſtor ad præſtandam culpam leviſſimam foret adſtringendus. Dixi ſuperiùs notanter: *In Regula.* Sunt enim ca-

niſi ſibi exceſſus ſolvatur. *Hub. b. n. 8.* (a) Cæterùm, quamvis liceat rem mandatam viliori pretio, non tamen licebit aliam emere, licèt credatur mandanti utilior, *d. l. 6. §. 2. ff. b.* Qui rigor vel maximè procedit in negotiis militaribus (obruimur equidem undique curis bellicis) *in bello* (ſunt verba Modeſtini *in l. 3. §. 15. ff. de re milit.*) *qui rem à Duce prohibitam fecit, aut mandata non ſervavit, capite punitur, etiamſi rem benè geſſerit. D. D. Franz b. n. 21.* (b) Dixi: *Ad ea, quæ ex natura contractûs veniant, præſtanda.* Id eſt, ſi rem v. g. vendidit, & pretium accepit, ad illud reſtituendum ſuo principali, &, ſi moram contraxit, ad uſuras vid. notabilis textus in *l. 10. §. 2. & 3. ff. b.* eſt enim contractus bonæ fidei, utpote bilateralis, ubi præſtandæ ſunt uſuræ, *l. 34. ff. de uſur. vid. tamen l. 13. §. 1. ff. b. t.* Subſiſtis! num, qui mandatum habet de re vendenda, poſſit etiam pretium petere? Affirmamus cum *Facbin. contr. lib. 2. c. 93.* Idque probatur tum ex *l. 35. ff. de ſolut.* tum etiam ex ratione ſatis congrua, quòd, cui eſt conceſſus finis, ſint etiam conceſſa media, *l. 2. ff. de juriſd. l. ult. §. 1. ff. de off. ejus, cui mand. eſt juriſd.* Jam ſolutio mandatario facienda, exinde videtur neceſſaria, quia emptor, niſi pretium ſolvat (vel habeatur de eo fides) non poteſt efficaciter mercem petere, *l. 13. §. 8. ff. de A. E. V.* Neque in contrarium movent textus, quos allegat *Voët. ff. de ſolut. n. 3.* ſunt autem *l. 86. ff. de ſolut. l. 13. ff. de pact.* Nam loquuntur de procuratore ad litem, cui uti non datur actio judicati, ita nec eidem poteſt fieri ſolutio. Neque obſtat, quòd habens mandatum ad locandum non poſſit hoc ipſo exigere mercedem, *l. 1. §. 12. ff. de exercit. act.* Nam diſpar eſt ratio, cùm penſio non ſtatim debeatur, uti pretium. Dixi: *Ad damna dolo vel culpa data reſarcienda.* Hic

6 Ambigitur, de quali culpa teneatur Mandatarius (Mandans enim, cùm regulariter de illius tantùm commodo agatur, tenetur de leviſſima) Alii ad latam, alii ad levem, alii ad leviſſimam præſtandam adſtringunt. Omnes benè, ſi juxta naturam negotii intelligant; Id eſt, ſi negotium con-

(a) Quid ſi mandatarius, ſe plus dediſſe, indicet, & mandans non contradicens rem recipiat? Ait Vinn. ubi ſuprà, cenſeri mandantem approbare negotium, eò quod ratihabitio mandato æquiparetur. *l. 12. in fin. ff. h. c. 60. de R. J. in 6.* Verùm, cur non potiùs erit præſumendum, mandantem uti velle jure ſuo, adeóque rem accipere eo pretio, quod mandatum eſt? ſibi enim imputet (cogitabit mandans) quod plus dederit, & ita mandati fines exceſſerit.

(b) Quid ſi mandaverim, ut vulnerares, tu verò occidiſti? Reſpondet Hopp. *bic ad §. 7.* Si ſtudio feciſti, non teneri me de occiſo, quia tua malitia, non meum mandatum cauſa fuit homicidii, ſi verò ex imperitia, teneor, quia ex mandato ſecutus fuit exceſſus. *arg. l. 38. §. 5. ff de pœnis.* Sibi enim imputare debet mandans, quòd homine imperito uſus ſit, & aliunde vulnera non poſſint dari ad menſuram *arg. l. 15. pr. ff. ad L. Corn. de ſic.* At cur non imputabitur, quòd uſus ſit homine malitioſo?

Digitized by Google

contentum ſit qualiquali, adeóque etiam minimâ diligentiâ: fortè mandâſti, ut proximis nundinis tibi emam Corpus Juris certæ editionis, præſtabitur tantùm culpa lata, ita intellige Ulpianum *l. 8. §. fin. ff. h.* Si negotium requirat diligentiam mediocrem, uti pleraque negotia extrajudicialia, v. g. mandâſti, ut tibi emerem pannum, lintearia, equum &c. præſtabitur culpa levis, *l. 23. ff. de R. J. l. 11. C. d. t.* ſi autem negotium aliâ diligentiâ, quàm exactiſſimâ perfici benè vix poſſit, ùt ſunt plerumque negotia judicialia, vel ſi mandatum ſit, ut emantur res, ubi quis ſine accuratiſſima diligentia facilè decipi poteſt, v. g. gemmæ, præſtanda erit culpa leviſſima, *arg. l. 13. & ibi Brunn. n. 1. & 2. l. 21. C. eod.* Non officit, quòd in depoſito tantùm præſtetur culpa lata. Nam in hoc contractu nihil gerendum, ſed nuda cuſtodia, quæ non induſtriam, ſed tantùm bonam fidem exigit, committitur: *cit. Voët. ff. h. n. 9.* Ratio verò, cur hic recedamus à regula generali, juxta quam præſtatio culpæ ab utilitate menſuranda eſt, in eo conſiſtit, quòd mandatum, ex dictis, fundetur in amicitia: Amicus autem, dum negotium ſuſcipit, cenſetur promittere illam diligentiam, quam exigit natura negotii, conſequenter, ſi illam omittat, hoc ipſo culpam præſtandam committit. Ita cum aliis Noſtrates communiter. Minùs principaliter obligatur Mandans ad Mandatarium ratione expenſarum intuitu mandati bona fide factarum, nec non damnorum, ex quacunque culpa mandantis cauſatorum, indemnem ſervandum, *vid. l. 12. §. 9. & ult. l. 27. §. 4. l. 56. §. fin. ff. h.* Unde notabiliter differt à commendatione, quæ commendantem, niſi ſit qualificata, habens quamdam ſpeciem fidejuſſionis, non obligat, *l. 12. §. 12. ff. d. t. Voët. ff. eod. n. 1.*

Quid autem, ſi Mandatarius damnum caſu fortuito, v. g. à latronibus ſpoliatus, paſſus ſit? Liberum pronunciat ab hoc damno præſtando mandantem JC. Paulus in *l. 26. §. 6. ff. eod. Non omnia*, inſit, *quæ impenſurus non fuit*, *mandatori imputabit* (Mandatarius) *veluti*, *quòd ſpoliatus ſit à latronibus*, *aut naufragio res amiſerit*, *vel languore ſuo*, *ſuorúmque*, *adprehenſus erogaverit*, *nam hæc magìs caſibus*, *quàm mandato imputari oportet.* Econtra condemnare eum videtur Africanus in *l. 61. §. 5. ff. de furt.* ubi, ſi quis mandavit, ut ſervus Stichus, quem furem ignorabat, ematur, ſervus autem nequam mandatario furtum commiſerit, obſtringitur mandans ad damnum reſarciendum. Et vix difficultatem evitabis, ſi dixeris, hunc textum ſupponere de caſu, quo præceſſit culpa, ſaltem mandatarii, quatenùs in mores ſervi meliùs inquirere debuiſſet; Nam ratio ſubnexa, utpote nimis generalis & prægnans, hanc reſponſionem non admittet: *juſtiſſimè* enim Procurator allegabit: *non fuiſſe ſe id dam-*

Digitized by Google

num paſſurum, ſi id mandatum non ſuſcepiſſet. Paulò pòſt: *Multò tamen æquius eſſe, nemini officium ſuum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam ſui commodi cauſa ſuſceperit, damnoſum eſſe.* Nos, ſuppoſito imprimis, quòd per ſe loquendo res pereat ſuo domino, & nulla planè culpa præceſſerit, exiſtimamus Paulum ad juris rigorem, Africanum verò in verbis: *juſtiſſimè: multò tamen æquius*: ad æquitatem reſpexiſſe. Sanè ex æquitate hodie ſuccurrendum mandatatio poſt alios, quos citat *Voët. ff. h. n. 13.* exiſtimat *Anton. Faber Cod. l. 4. tit. 26. def. 29.* Contra nihilominus ſentit *Titius in Theſ. Jur. h. n. 59.* ex ratione, quòd mandatarius ſuſcipiendo mandatum cenſeatur in ſe ſuſcepiſſe damnum caſu emergens.

Effectus Remotus eſt Actio directa, & contraria. Directa datur Mandanti, & hæredibus, contra Mandatarium, ejúſque hæredes, ut præſtanda præſtet, ſeu, ut obligationi ſuæ ſatisfaciat. Contraria competit Mandatario & hæredibus contra mandantem, atque ejus hæredes, ut ſervetur indemnis, juxta mox tradita; vid. inſuper *Hub. h. n. 8.* Eſt utraque Perſonalis, Civilis, Rei perſecutoria, Bonæ fidei, Perpetua, Prior inſuper Famoſa *§. 2. de pœn. temer. litig.* turpiſſimum ſiquidem eſt violare fidem & amicitiam, in quibus fundatur mandatum; nam nemo ferè mandat, ùt ait *Cic. pro Roſc.* niſi amico, neque credit niſi ei, quem fidelem putat: Non item (ſaltem regulariter) poſterior, id eſt, contraria. *l. 6. §. 5. & ult. ff. de his, qui not. inf.*

7 Mandato contrariantur modi, quibus ſolvitur. Solvitur autem (I.) Mutuo utriusque conſenſu, uti aliunde notum eſt. (II.) Revocatione Mandantis, quæ fieri poteſt, non tantùm re integra, ſed etiam non integra, dummodò mandatarius ſervetur indemnis, durum enim foret, mandantem cogere, ut patiatur id perfici, quod ſui gratiâ cœptum eſt; & revocatio ad notitiam mandatarii pervenerit. *arg. l. 15. ff. h. arg. l. 12. §. 16. & l. 15. ff. d. t. Vinn. ad cit. §. 9. eod.* (III.) Renuntiatione Mandatarii, ſi fiat tempeſtivè, ita, ut negotium, vel ab ipſo principali, vel ab alio commodè adhuc geri poſſit *§. 11. h.* vid. *l. 22. §. fin. l. 23. & 24. ff. d. t.* Equidem non naſcitur obligatio, niſi contrahentium intereſſe cœperit *l. 8. §. 6. ff. h.* ſive igitur alter revocet, ſive alter tempeſtivè renunciet, alterius non intereſt, cùm adhuc ſervetur indemnis *Hub. h. n. 9.* (IV.) Morte mandatarii *§. 10. h.* non tam, quia eſt electa perſonæ induſtria, quàm, quia aliàs negotium in eum, cujus induſtria, neque à mandante, neque à mandatario electa, vel cognita eſt, gerendum incideret. Dixi: *re adhuc integra.* Negotium enim à defuncto cœptum ab ejus hærede, modò ſit idoneus, ad finem perducendum eſt, *arg. l. 27. §. 3. & l. 57. ff. eod. Hopp. add. §. 10. h.* (V.) Morte

te

te etiam Mandantis rurſus re adhuc integra *d.§. 10.* quòdſi tamen per ignorantiam (facti) impletum ſit, utilitatis causâ negotium implenti actio mandati contra hæredem pro indemnitate conſequenda competere dicitur in *l. 26. pr. ff. b. t.* Sanè data Aſſertio procedit, eſto mandatum collatū ſit expreſsè ad tempus mortis, ſuppoſitô, quòd reſpiciat negotium inter vivos, velut ſi mandarem debitori meo, ut poſt mortem meam ſolvat Titio *l. ult. in fin. ff. de ſolut.* ſecus, ſi ſapiat ſpeciem ultimæ voluntatis, ùt ſi mandem chirographa poſt mortem meam debitoribus reſtitui, *l. 18. §. 2. ff. de mort. cauſ. donat.* aut, ut poſt mortem meam hæredibus fundus ematur *l. 13. ff. b.* vel, ſi tale ſit negotium, quod primùm poſt mortem poteſt executioni dari, ùt ſi mandarem, ut mihi Epitaphium exſtruas. In ejusmodi enim caſibus mandatum morte nullatenus exſpirat, ſed potiùs, eâ ſecutâ, executioni dandum eſt *l. 12. §. fin. ff. b. t. D.D. Franz b. n. 31.* Neque obſtat priori membro, quòd ei, *qui mandato meo poſt mortem meam ſtipulatus eſt, rectè ſolvatur, quia talis eſt lex obligationis, ideóque etiam invito me rectè ei ſolvitur*; uti diſcurrit Paulus in *d. l. ult. ff. de ſolut.* Nam caſus legis eſt, ubi uterque contractus tum mandati, tum ſtipulationis, vivo mandante perfectus fuit, eſto ſtipulatio fuerit ad tempus mortis concepta, adeóque rectè fit ſolutio ex ſtipulatione, quæ à mandato originem duxit, & eo durante, nempe ante mortem mandatarii, inita, hinc eſt, quòd in *d. l.* dicatur etiam invito mandante ſolutionem rectè fieri, cùm ſtipulans vivo mandante ex ſtipulatione jam jus acquiſiverit: hinc toties mandatum durat, quoties ſubjicitur actionibus jam venditis, donatis legatiſve, aut alio proprietatis titulo in alium tranſlatis, quia potiùs ex natura tituli principalis, quàm ſuâ propriâ æſtimantur, ùt optimè advertit *Hub. b. n. 10.* Ratio autem generalis, quòd mandatum contra communem juris regulam, quâ placet, hæredem in omne jus defuncti ſuccedere, morte utriusque extinguatur, fundatur in amicitia, fidéque electa, quod eſt quid perſonaliſſimum, non egrediens perſonas contrahentium *arg. l. 8. §. 3. ff. de lib. leg.* Solvitur demùm (VI.) finito negotio, ſeu tempore, ad quod mandatum datum, ſeu reſtrictum fuit, ùt per ſe clarum eſt, & hinc etiam ſatis eſto de obligationibus, quæ ex contractibus verè talibus oriuntur.

Jam ſit

TI.

TITULUS XXVIII.

De Obligationibus, quæ quaſi ex contractu naſcuntur.

POſt *genera contractuum enumerata deſpiciamus* (inquit Imperator noſter in *pr. h. t.*) *etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè naſci ex contractu intelliguntur, ſed tamen, quia non ex maleficio ſubſtantiam capiunt, quaſi ex contractu naſci videntur.* Inferri ex his poſſet, duas tantùm univerſim eſſe cauſas productivas obligationis, nimirum negotium licitum, quo comprehenduntur contractus *Verè* & *Quaſi* tales, & illicitum, cujus nomine veniunt Delicta *Verè* vel *Quaſi* talia, hoc ipſo, quòd Imperator inter maleficia & contractus, verè, aut quaſi tales nullum agnoſcat medium: idcirco non ſubſiſtent ea, quæ docuimus ſupra *tit. 14. part. 1. n. 4.* ubi ſimul adſtruximus æquitatem naturalem. Verùm huic illationi non multùm inhærendum eſſe, exinde liquidum eſt, quòd Imperator, omiſſis obligationibus, quæ nullum factum, de ſe ordinatum ad actionem producendam præceſſiſſe, ſupponunt, hic tantùm loquatur de obligationibus, quæ ex *facto prævio* oriuntur, uti ſufficienter mentem ſuam exponit per exempla, quæ in *§§. ſeqq. h.* adducit, & colligitur etiam ex JCto Gajo in *l. 5. pr. & §§. ſeqq. ff. de O. & A.* factum autem prævium, haud dubiè debet eſſe licitum vel illicitum (indifferentia enim ad obligationem pariendam non ſufficiunt) Jam facta ſunt quædam apertè illicita, quæ Delicta *verè talia*, conſtituunt, quædam quaſi in medio poſita; vel negotiis licitis, quorum naturam magis imitantur, & dicuntur termino uſitato *Quaſi contractus*; vel illicitis, quorum ingenium magis præſeferunt, vocantùrque *Quaſi delicta*, aggreganda ſunt. Non abnuimus, circumductiùs fuiſſe Juſtinianum locutum, dum non rotundè *quaſi contractus*, ſed obligationem *quaſi ex contractu, vel quaſi ex delicto* naſci affirmat in gemina *Rubrica.* & ibi in *princ. Inſtit. de oblig. quæ quaſi ex contract. & de oblig. quæ quaſi ex delict. naſcunt.* Interim doctrinæ cauſa ob linguæ paupertatem ejuſmodi termini, ſicut actio *quaſi* Serviana, peculium quaſi Caſtrenſe, aut denique *quaſi* maritus *l. 32. §. pen. ff. de donat. int. vir. & uxor.* tolerari debent. Quaſi contractus igitur nihil aliud ſunt, quàm facta honeſta. ex quibus ſine conventione naſcitur obligatio, quatenus ſcilicet ex ejuſmodi facto jura, ita exigente æquitate naturali, quæ ex ipſa re apparet, quò ſpectat dictum Pauli in *l. 46. ff. de O. & A.* præſumunt, vel fingunt conſenſum præceſſiſſe. Dixi: *præſumunt vel fingunt*, & quidem ita, ut tali præcedente facto non admittatur pro-

be-

Digitized by Google

batio in contrarium, ſi fortè aliquis probare vellet, ſe nullatenus in hanc obligationem conſenſiſſe. Exinde ulteriùs ſequitur, errare illos, qui volunt, quaſi contractum oriri ex conſenſu tacito; nam conſenſus tacitus, utpote verus, parit contractum verè talem, veluti patet de mandato ex *l.6.§.2.ff.mand.* de ſocietate in *l.4.ff.pro ſocio.* de locatione-conductione in *l.13.§.fin.ff.locat.* Deinde, ſi hoc? quomodo furioſi, infantes, ignorantes, quibus neque tacitus conſenſus adſcribi poteſt *arg. l.3.ff. de R.J.* ex quaſi contractu teneri poterunt, quod tamen aſſeritur in *§.1.b.* & *l.2.l.3.§.5.l.6.princ.ff.de negot.geſt.* Addatur *Hub.h.n.1.* Nondum, ùt adverto, percepiſti, quomodo conſenſus tacitus & præſumptus diſcerni poſſint? Ad conſenſum tacitum eruendum, requirunt leges tractatum aliquem inter contrahentes v.g. in ſocietate collationem bonorum *l.31.* & *ſeq.ff.pro Socio.* Ad præſumptum verò, eſto factum ſaltem alterutrius contrahentium requiratur, nullo tamen opus eſt contractu prævio. *Hopp.h.ad princ.* Ex quibus patet, contractus quaſi tales, commodè poſſe deſcribi, quòd ſint illi, *qui perficiuntur conſenſu à lege generaliter præſumpto, ſeu ficto*, vel ſi mavis *ſuppleto*. Non moramur *Coccei ff.de pact. quæſt.2.* & latiùs *12.* ubi paradoxum putat, conſenſum fingi, adeóque reverà non adeſſe, cùm tamen, áit, tota ratio pacti in genere, ſub quo continentur quaſi contractus, in conſenſu conſiſtat: Ita eſt: in conſenſu vel vero, vel ficto. (a) Horum numerantur in *b.t.* (ſed potiùs exemplificativè, quàm taxativè, plures enim eſſe, patebit infra) Quinque. Negotiorum geſtio, Tutelæ adminiſtratio, Communio Rei tum Univerſalis, tum Particularis, Hæreditatis Aditio, & Solutio, ſeu meliùs, Acceptio Indebiti. De quibus & aliis ordinatim.

Gg §.I.

(a) Fruſtra, inquit, præſumimus, vel fingimus conſenſum, ubi, qui conſentire debet, prorſus eſt invitus; ſæpiſſimè autem eſt invitus, v.g. in reſtitutione indebiti; in tutela, communione tum hæreditatis, tum rerum particularium, *l.38.ff. de condict. indeb. l.13. in fin.ff.commod. l.32. in fin.ff. de R.C. l.19.ff. de R.J.* Vel conſenſus præſumptus, pergit Author, ſufficit ad probandum conſenſum, vel non? Si illud? Erit contractus verè talis; ſi hoc? nullo modo poterit eſſe contractus, utpote, qui eſſentialiter conſenſum requirit. Accedit, quòd in his negotiis obligentur etiam infantes, & alii, in quibus conſenſus eſt impoſſibilis. Sed iſta minimè movent; Siquidem *ad primum* eſt quidem alter quandoque invitus; at peſſimè; hinc jura ejus diſſenſum non attendunt, ſed potiùs ex facto conſenſum inferunt. *Ad alterum* reponitur, omninò ſufficere, cùm ſit præſumptio juris & de jure, ſeu potiùs fictio, quæ tamen ad contractum verè talem non ſufficit, quia in conſenſu vero & ficto conſiſtit eſſentialis differentia contractuum verè & quaſi talium. *Ad tertium* eſt impoſſibilis pro hic & nunc; ſed non pro ſemper, & dum advenit uſus rationis. Malè igitur docet Author Celeberrim. obligationem oriri ex ſolo facto.

Digitized by Google

§. I.
De Negotiorum Geſtione.

1 PRimum locum inter quaſi contractus ſibi præripit NEGOTIORUM GESTIO, quæ *eſt quaſi contractus, quo quis negotia aliena ſine mandato gratis adminiſtrat.* Unde plana eſt differentia, quà mandato tum expreſſo, tum tacito ſecernitur, ſiquidem in mandato etiam tacito geruntur negotia ſcientis vel tacentis, adeòque implicitè mandantis, & in geſtoris voluntatem influentis, *arg. l. 18. ff. mand.* In negotiorum geſtione verò gerimus negotia ignorantis, & plerumque abſentis, cujus conſenſus neque expreſſus, neque tacitus ad gerendum nos movet.

2 Negotia autem aliena gerere omnis poteſt, qui aliàs contrahere, & contrahendo obligari, ſeu qui mandatum ſuſcipere non eſt prohibitus, adeòque tam pater- quàm filiusfamilias, *l. 14. ff. de negot. geſt. arg. l. 39. ff. de O. & A.* ſive Mas, ſive Fœmina, *l. 3. §. 1. ff. eod.* quia negotia gerere non eſt munus virile, ſicut munus procuratorium agere, *l. 2. ff. de R. J.*

3 Ut autem ſit negotiorum geſtio, debet (I.) negotium eſſe *Alienum, arg. §. 1. h. & l. 2. ff. de neg. geſt.* Nam, ſi proprium geſſerit, eſto crediderit alienum, non eſt negotiorum geſtio, *l. 6. §. 4. ff. d. t.* quia hic plus eſt in veritate, quàm in opinione, *arg. §. 11. de leg.* cùm nemo ſibi ipſi poſſit obligari. Quid, ſi reverà fuerit negotium alienum, gerens autem crediderit, eſſe proprium? De rigore non erit negotiorum geſtio, uti probat diſcurſus Pauli in *l. 14. §. 1. verſ. Diverſum eſt enim. ff. com. divid.* Ratio ibi datur: *quia neminem mihi obligare volui.* Erit tamen de æquitate, ùt non minùs juſtè argumentatur Africanus in *l. fin. ff. de negot. geſt.* & ſimilem caſum de bon. fid. poſſeſſore hæreditatis, qui expenſas fecit, reſolvit Papinianus in *l. 50. §. un. ff. de pet. hær.* ibi: *Aut actione negotiorum geſtorum repetiturum, veluti hæreditario negotio geſto.* Subſiſtis hic, num ſibi Africanus non contradicat, dum in *l. 38. ff. 2. ff. de ſolut.* in ejusmodi facti ſpecie, bonæ fidei poſſeſſori accommodat contra creditorem hæreditarium, cui ſolvit, condictionem indebiti. Idem facit Pomponius in *l. 19. §. 2. ff. de condict. indeb.* Difficilis nodus! Solve, non implicare, dari plura remedia, ita, ut ſit in libertate bon. fid. poſſeſſoris, agere contra verum hæredem actione negotiorum geſtorum, vel contra illum, qui accepit, condictione indebiti: Sed quid, quòd Africanus dicat, verum hæredem per ſolutionem hæredis putativi non liberari in *d. l. 38. §. 2. ff. de ſolut.* & in *d. l. ult. ff. de neg. geſt.* liberari? Ita eſt, non li-

Digitized by Google

liberatur de rigore, & ſtatim ipſa ſolutione, ſed de æquitate & ſuperveniente primò ratihabitione veri hæredis: deinde *d. l. fin.* loquitur de caſu, quo creditori ſpecies ſibi debita fuit ſoluta, qua accepta, debitor haud dubiè liberatur, quia eam ampliùs dare non poteſt, jungatur *l. 44. ff. de cond. ind.* in *d. l. 38. §. 2.* econtrà ſermo eſt de quantitate, per cujus ſolutionem, utpote rei incertæ, à tertio factam, non ita facilè contingit liberatio: Dici etiam poterit cum *Voëtio ff. de neg. geſt. n. 13.* Si poſſeſſor nomine proprio ſolverit, verum hæredem non liberari *l. 31. pr. ff. de pet. hæred.* ideo competere condictionem indebiti, ſi verò quà hæres nomine hæreditario, liberari, & exinde, cùm ceſſet condictio contra creditorem, recurrendum eſſe ad actionem negotiorum geſtorum. Illud ſanè non intereſt, fueritne negotium Titii, vel Sempronii, & ego in perſona erraverim, ſufficit enim, quòd ſit alienum, *l. 5. §. ult. l. 6. §. 8. de neg. geſt. Voët. ff. eod. n. 12.* (a) Quid, ſi partim ſit proprium, partim alienum? Si negotium erat diviſibile, ùt, ſi ſolvi integram ſummam, quam ego & Titius debebamus, eſt negotiorum geſtio, *l. 3. & 19. C. de neg. geſt.* Ratio datur in *l. 40. ff. d. t. & l. 6. §. 7. ff. com. divid.* quia potui meam partem ſolvere, quin ſolverem alienam. Quòd ſi negotium erat indiviſibile, ùt, ſi ædes communes locaverim, vel refecerim, dabitur actio communi dividundo. Rationem ſubminiſtrat Ulpianus in *d. l. 6. §. 2. ff. com. divid.* ibi: *Cæterùm enim alias communi dividundo judicio locus erit, ùt Papinianus ſcribit, niſi id demum geſſit, ſine quo partem ſuam rectè adminiſtrare non potuit, alioquin, ſi potuit, habet negotiorum geſtorum actionem, eáque tenetur.* Limita, ſi ſint ſocii, ubi ſubintrat actio pro ſocio. Debet (II.) eſſe Negotium *Abſentis* (regulariter) vel ſaltem *Ignorantis*, *l. 41. ff. de neg. geſt.* Idem eſt, ſi ſciat quidem, ſed habeatur pro ignorante, ùt contingit in furioſis, prodigis, pupillis, *arg. l. 3. §. 5. ff. d. t.* Aliàs enim, ſi ille, cujus negotium geritur, ſciat, & taceat, cùm poſſet contradicere, jam tranſit in mandatum, ex dictis. Excipe tamen, ſi ego Geſtor non ſciam, alterum, cujus negotia gero, ſcire, quia illius ſcientia non me movet ad gerendum; hinc manet negotiorum geſtio, *D.D. Franz h. n. 7.* Et demum (III.) opus eſt (ſaltem ut compe-

 tat

(a) Hîc tamen advertendum, num objectum geſtionis fuerit *corpus*, vel *nudum factum*, v. g. ſolutio pro alio facta fortè non creditori? Priori caſu expenſas peto à domino corporis, eſto erraverim in ejus perſona, & ille, cujus nomine feci, approbaverit. *d. l. 6. §. 11. ff. de neg. geſt.* Econtra *in facto* datur actio contra eum, qui ratihabuit. *d. l. 6. § 9. & 10.* Unde ſi debitum à non debitore exegerim, & fuerit ſolutum, túque approbâſti, datur tibi contra me actio negotiorum geſtorum; non verò creditori, & ſolvens non contra me, ſed contra te condictione (indebiti) agit. *d. l. 6. §. 9. & l. 80. §. 5. ff. de furt.*

tat actio contraria, nam directa ſemper datur, vid. *l. 6. §. 3. 4. & 11. ff. de negot. geſt. Cocc. jur. contr. ibid. quæſt. 1.*) ut geratur animo alterum ſibi obligandi, non donandi, *l. 11. & 15. C. d. t.* animus verò donandi in dubio non præſumitur, *arg. l. 25. pr. ff. de probat.* Inde fluit, quòd

4 Effectus proximus Negotiorum geſtionis ſit obligatio, tum principalis, tum minùs principalis: Principaliter autem obligatur, qui negotium ſuſcepit, ad illud ritè gerendum; ad rationes geſtionis reddendas; ad damna dolo, vel culpa data reſarcienda. (a) Verùm hìc

Vehementer dubitatur, de quali culpa teneatur? Omiſſis aliorum opinionibus (ſunt enim variæ) opinamur, in regula teneri de culpa leviſſima. Ad hanc ſententiam nos impellit Imperator in *§. 1. h. t.* ubi, poſtquam generaliter decrevit, illum, cujus negotium geritur, teneri ad negotiorum geſtorem, qui utiliter geſſit, indemnem ſervandum, viciſſim, & quidem generaliter, & parificativè, negotiorum geſtorem condemnat, ut in ordine ad exactiſſimam diligentiam rationem reddat: Textus ita ſonat: ***Sicut autem is, qui utiliter geſſit negotia, dominum habet obligatum negotiorum geſtorum, ita & contra, iſte quoque tenetur, ut adminiſtrationis reddat rationem. Quo caſu*** (nimirum reddendarum rationum) ***AD EXACTISSIMAM QUISQUE DILIGENTIAM compellitur reddere rationem. Nec ſufficit*** (en explicat, qualis debeat eſſe exactitudo) ***talem diligentiam adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet, ſi modò alius diligentior, eò commodiùs adminiſtraturus eſſet negotia.*** Non equidem nos fugit, à non paucis ſumi hæc verba poſtrema taxativè, ut ſenſus ſit, negotiorum geſtorem tunc teneri de diligentia exactiſſima, ſi alius ſe obtulerit, qui diligentiùs adminiſtrâſſet: Sed malè! cùm hæc verba non taxativa ſint, ſed explicativa; vult enim Imperator oſtendere, quid ſit diligentia exactiſſima, & dicit: Illa, quâ majorem alius impendere non potuiſſet: parilem explanationem culpæ leviſſimæ, atque ſimillimum loquendi modum invenies in *§. 2. quib. mod. re contr. oblig.* ibi: ***At is, qui utendum accepit*** (videlicet Commodatarius) ***ſinè quidem exactam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare jubetur; nec ſufficit, ei tantam diligentiam adhibuiſſe, quantam ſuis rebus adhibere ſolitus eſt, SI MODO ALIUS DILIGENTIOR POTERAT EAM REM CUSTODIRE.*** Quid, quæſo, eſt aliud, quàm ex-

(a) An de non geſtis, ſeu neglectis teneatur? Non aliter tenetur, quàm ſi inchoaverit. *l. 21. §. 2. ff. de negot. geſt* vel ſit negotium cum geſto connexum, vel ſi alius diligens geſſiſſet, relinquat autem, cùm alium, qui fortè omnia negotia aggreſſus eſt, advertit gerere, quo caſu & ſibi, & pro ſe ſolvere tenetur, aliàs, eſto non fuerit debitum uſurarium, ad uſuras condemnandus. *Vid. d. l. 6. §. fin. l. 13. & 35. ff. d. t.* Alios debitores poterit extrajudicialiter interpellare, ut in mora conſtituantur. *l. 40. §. ult. ff. de uſur. arg. d. l. 6. §. 9. ff. de neg. geſt.*

explicatio culpæ leviſſimæ, ad quam Commodatarius regulariter tenetur. Uti igitur ineptè quis diceret, ſumi hic hæc verba taxativè, ita & ibi in negotiorum geſtione. Huic ſententiæ non minùs ſuffragatur *l.24.C.de uſur.* ubi mater negotium gerens OMNEM diligentiam præſtare debere dicitur: Nec non ratio ſatis congrua, quòd negotiorum geſtor ſpontè ſe offerat, unde ad culpam leviſſimam ſe adſtrinxiſſe præſumendus eſt, *arg.l.1.§.35.ff.depoſ.* Accedit, quòd negotiorum geſtor ad plus teneatur, quàm cohæres, vel collegatarius, ùt ex *l.25.§.16.ff.fam. erciſc.* ſolidè deducit Vinn. *h. ad §. 1. n. 2. verſ. Hoc idem;* atqui cohæres & collegatarius tenetur de culpa levi, ùt rurſus deducitur ex *d.l.25.§.16.* ergo &c. Prævivêre nobis Viri graviſſimi. *Hub. h. num. 2. Voët. ff. de neg. geſt. n. 4. Titius in Theſ. Jur. ibid. num. 17.* latè *Cocc. d. l. contr. 6.* Nec terret, ſi dicas (I.) quòd ſufficiat in paucis amico conſuluiſſe, *l. 20. C. de negot. geſt.* quapropter tum ibi, tum in *l. 7. C. de arbit. tut.* tantùm fiat mentio culpæ levis. (II.) Quòd Tutor tantùm de levi teneatur, *l. 1. pr. ff. de tut. & ration. diſt.* (III.) Quòd de culpa ſimpliciter, cujus nomine venit culpa tantùm levis, teneri dicatur in *l. 11. ff. de neg. geſt.* (IV.) Quòd ſtante hac ſententia nemo ad negotia aliena accederet. Nam *ad primum* vel dici poteſt, textum loqui de eo, qui pro tutore geſſit, qui de alia culpa, quam tutor teneri non debet, *arg. l. pen. ff. de eo, qui pro tut.* vel per culpam levem ibi non excludi leviſſimam, cùm Imperator de illa culpa reſpondeat, de qua fuit interrogatus, conſequenter debebit ille textùs ſuppleri per alios clariores. Paritas de tutore *(ad ſecundum)* non urget, quia ille non ſponte, ſed ex neceſſitate officii negotia gerenda ſuſcipit. *Ad tertium* aliunde notum eſt culpæ nomen debere ſumi juxta ſubjectam materiam; adeóque culpæ nomine hic veniet leviſſima. *Ad quartum* ſit, neminem curaturum negotia aliena: meliùs enim erit negotium intactum relinquere, quàm expenſas inutiles impendere: Quid autem, ſi cogat neceſſitas? tunc tantùm tenetur de culpa lata, *l. 3. §. 9. ff. de neg. geſt.* Cæterùm, prout hæc in theoria dicta volumus, ita in praxi Judici ſuademus, ut prætermiſſo hoc rigore attendat, num negotium utiliter ſit geſtum, nec ne? Si hoc? reflectendum erit, juxta dicta, ad diligentiam exactiſſimam, quam, ſi geſtor adhibuerit, pro eo pronunciet: Si prius? debebit principalis, cujus negotium geſtum eſt, contentus eſſe, eſto adhibitâ diligentiâ exactiſſimâ meliùs, & utiliùs geri potuiſſet, & hic ſufficiet in paucis amico conſuluiſſe, niſi fortè alius ſe obtuliſſet, qui eô diligentiùs adminiſtrâſſet, quo caſu haud dubiè etiam pro caſu practico negotiorum geſtor ad præſtandam culpam leviſſimam foret adſtringendus. Dixi ſuperiùs notanter: *In Regula.* Sunt enim caſus,

ſus, ubi tantùm culpa lata præſtatur, ùt, ſi neceſſitas, de qua mox dictum, urgeret, & eſſet negotium ab aliis deſertum, atque periturum, *d. l. 3. §. 9. ff. de neg. geſt.* Sunt & caſus, ubi præſtandus caſus fortuitus, ſi fortè quis aggreſſus ſit novum, & tale negotium, quod principalis non erat ſolitus exercere v. g. negotiationem ineundo, pecunias, quas dominus otioſas habere ſolitus erat, fœnerando, vid. textus notabilis in *l. 11. §. 1. ff. d. t.* Quòdſi in aliqua re damnum, eſto culpâ, in alia lucrum ſecutum fuerit (ſecùs quàm in ſocietate, *l. 23. §. 1. ff. pro ſocio)* abſens penſare lucrum cum damno debet. Ita Pomponius in *d. l. 11. §. 1. in fin.* Extra ejuſmodi caſus, caſus fatales ad exemplum aliorum contractuum, vel quaſi, non præſtantur, *l. 22. & arg. l. 37. §. 1. ff. eod.* Importunus hìc ſe ingerit textus in *l. 22. C. d. t.* qui ſic habet: *Negotium gerentes alienum, NON INTERVENIENTE SPECIALI PACTO, caſum fortuitum præſtare non compelluntur.* Non poteſt hic textus non eſſe fugitivus: adeóque de iis intelligendus, qui ex mandato negotia gerunt; hinc etiam Titulo de Mandato inſerendus; cùm in negotiorum geſtione, ubi eſſentialiter geruntur negotia ignorantis, & plerumque abſentis, pactum præcedere vix, ac ne vix quidem poteſt. Niſi intelligere velis de pacto poſt geſtionem inito, uti exemplum habetur in *l. 10. pr. ff. eod.* Sed quis poſt geſtionem ad caſum fortuitum ſpeciali pacto ſe obligabit? Minùs principaliter obligatur ille, cujus negotium geſtum fuit ad ſervandum negotiorum geſtorem indemnem in ordine ad expenſas intuitu geſtionis factas, *§. 1. b. l. 2. ff. l. 10. & 18. C. de neg. geſt.* dummodò utiliter negotium geſtum ſit, quamvis poſteà ceſſaverit utilitas, vid. omninò Ulpianus in *l. 10. §. 1. ff. d. t. juncta l. 3. §. 7. & 8. ff. de in rem verſ. Voët. ff. de neg. geſt. n. 9.* Si in ſui utilitatem negotiorum geſtor ad aliena negotia acceſſerit, non ad id, quod ſibi deeſt, ſed tantùm agit, in quantum principalis factus eſt ditior, per textum notabilem in *l. 6. §. 3. ff. eod.*

5 Effectus Remotus eſt Actio Negotiorum geſtorum Directa & Contraria. Illa competit illi, cujus negotia geſta ſunt contra negotiorum geſtorem, ut reddat rationem ſuæ adminiſtrationis, & præſtanda præſtet. Hæc datur negotiorum geſtori contra principalem, ut ſervetur indemnis. Ratio hujus obligationis eſt in propatulo, videlicet: *Ne abſentium* (ſunt verba Imperatoris in *§. 1. h.*) *qui ſubita feſtinatione coacti, nulli demandata negotiorum ſuorum adminiſtratione, peregrè profecti eſſent, desererentur negotia, quæ ſanè nemo curaturus eſſet, ſi de eo, quod quis impendiſſet, nullam habiturus eſſet actionem.*

Quid, ſi domino prohibente, quis negotia ejus geſſerit? Non com-

competere actionem negotiorum geſtorum, neque directam, neque utilem, deciſum eſt in *l.fin. C.d.t.* ibi: *Hoc decidentes ſancimus, ſi contradixerit dominus, & eum res ſuas adminiſtrare prohibuerit, ſecundùm Juliani ſententiam nullam eſſe adverſus eum directam, vel utilem contrariam actionem, ſcilicet poſt denunciationem, quam dominus transmiſerit, non concedens ei res ejus attingere, licèt res ab eo benè geſtæ ſint.* Sed, an non competat ſaltem actio in factum? Neque quia *d.l.fin.* utpote una ex 50. Deciſionibus, eò magis debet eſſe cum effectu poſita, què minùs (quidquid contra, ſed perperam exiſtimet *Voët. d.t. n. 11.*) in caſu præſenti obtrudi poteſt æquitas, benè verò, & potiùs vulgatum illud; damnum, quod quis ſuâ culpâ ſentit, ſentire non videtur *cap. 86. de R.J. in 6. l. 203. ff. eod.* Non obſtat (I.) quòd poſſeſſor etiam malæ fidei poſſit deducere expenſas neceſſarias *l. 36. §. fin. l.38. ff. de pet. hær. l. 5. C. de R.V.* (II.) Quòd dominus, etſi prohibuerit, ne cum ſervo peculium habente contraheret, tamen ex contractu ſervi teneatur in quantum eſt auctum peculium *l. 17. §. 4. & 5. ff. de act. inſt.* (III.) Quòd ſolutio invito debitore facta valeat, eúmque liberet, *l.23. & 40. ff. de ſolut.* Nam *ad primum* negatur ſuppoſitum, expenſas neceſſarias fieri invito domino; eſto enim ſit invitus, quòd res ſua ab alio detineatur, non tamen eſt invitus, quòd conſervetur, ob ſpem, quam fovet, illam recuperandi. *Ad ſecundum* diſparitas eſt, quòd illa prohibitio non cenſeatur ſeria, debuiſſet enim ſervo adimere peculium, *arg. l. 29. §. 1. ff. de pecul.* *Ad tertium* damus, valere ſolutionem, debitorémque liberari, ſed negamus, ſolventem contra debitorem, quô invitô ſolvit, actionem habere, *Mollemb. in Theſ. Jur. ff. h. n. 9.* Limitanda tamen eſt hæc ſententia, ſi dominus dolosè, vel contra decorem boni publici negotium, à quo & ipſe malitiosè abſtineret, gerere prohiberet, *vid. d. l. fin.* nec non *Hopp. h. verſ. Deſererentur. & alii paſſim.* Quid, ſi aliquis non ſpontè, ùt fieri ſolet in negotiorum geſtione, ſed ex neceſſitate, vel neceſſitatis ſuſpicione, ad aliena negotia acceſſerit? Dabitur actio negotiorum geſtorum utilis, nempe ex mente legis. *cit. Mollemb. ubi ſup. num. 25.*

§. II.

De Tutelæ Adminiſtratione, Communione Rei tum Univerſalis, tum Particularis, Confuſione Finium & Aditione Hæreditatis.

SEcundum locum inter quaſi contractus occupat TUTELÆ ADMINISTRATIO, quæ eſt *quaſi contractus, quo Tutor vel Curator tutelam,* 6

lam, vel curatelam ſuſcipiendo, promittere cenſetur, ſe velle ritè adminiſtrare bona Pupilli, vel Minorennis. Dicitur notanter: *quaſi contractus.* Verus enim contractus eſſe non poteſt, quia nullum negotium inter tutorem, & pupillum contrahitur; *§. 2. b.* Ex quo quaſi contractu obligatur principaliter tutor idem (principaliter de curatore) ad res pupillo, finitâ tutelâ, reſtituendas, *l. 13. in fin. C. arbit. tut.* Ad rationes ſuæ adminiſtrationis reddendas, *l. 1. & tt. de tut. & rat. diſtrab.* Ad damna dolo, vel culpa lata & levi (vid. dicta *lib. 1. tit. 21. n. 1. in fin.*) reſarcienda. Minùs principaliter obſtringitur pupillus (idem de minorenni) ut tutorem ſervet indemnem ratione ſumptuum, vel in perſonam, vel res pupilli factorum, vid. *l. 1. §. 4. & 5. l. 3. §. 4. & 8. ff. de contr. tut. & util. act.* Oritur ex hoc quaſi contractu Actio tutelæ directa, & contraria. *Illa* competit pupillo contra tutorem, ut reddat rationem ſuæ adminiſtrationis, damna dolo, vel culpa data, reſarciat. *Hæc* datur tutori contra pupillum, ut in ordine ad ea, quæ intuitu tutelæ de ſuo erogavit, ſervetur indemnis. Eſt utraque Perſonalis, Civilis, Rei Perſecutoria, Bonæ Fidei Perpetua in- & ad hæredes Tranſitoria. Prior tamen famoſa, *§. 2. de pœn. tem. litig.* Sed cur de curatore in hac actione nihil memoravimus? Ideo, quia verba legis de curatore nihil habent. Interim tamen obtinet inter curatorem & minorennem (idem de prodigo, vel furioſo) Actio tutelæ utilis ſcilicet ex mente legis, cùm ſit eadem ratio de curatore, quæ de tutore, *vid. l. 1. §. 2. ff. d. t.* Differt nihilominus ab actione tutelæ directâ in eo, quòd illa non detur, niſi finitâ tutelâ, *l. 1. §. fin. l. 4. pr. ff. de tut. rat. diſtr.* tutor enim agit, ùt pater, & ùt dominus adminiſtrat, unde abſurdum videbatur, adminiſtrationis, in qua adhuc perſeverat, rationes expoſci, ùt diſſerit Ulpianus in *l. 9. §. 4. ff. d. t.* actio verò curatelæ, etiam durante cura, moveri poſſit, *d. l. 1. §. 3. ff. de contr. tut. & util. act. vid. Collegium Argent. ff. de tut. & rat. diſtr. theſ. ult.* Ulricus Huberus *h. n. 4.* exiſtimat, actionem, quâ agitur durante cura, eſſe actionem negotiorum geſtorum, (a) *l. 4. §. ult. ff. de tut. & rat. diſtr.* illam verò, quæ datur eâ finitâ, eſſe actionem curatelæ ob

(a) Nempe utilem, quia non ſponte (ſaltem per ſe loquendo) curator negotia minorennis ſuſcipit. Quòd autem dici poſſit actio negotiorum geſtorum, ſatis conſtat ex *l. 4. §. fin. l. 13. in fin. ff. de tut. & rat. diſtrab. l. 5. §. 6. ff. de admin. & per. tut.* Et de hac etiam poteſt intelligi *l. 26. ff. d. t.* Obſtare videtur è diametro *l. 14. C. eod.* quæ ita habet: *Rationes curæ adminiſtratæ ANTE QUINTUM ET VICESIMUM ANNUM DURANTE OFFICIO POSCI JURE NON POSSE manifeſtum eſt.* At ſermo eſſe debet de actione, quæ generalem bonorum, ſeu negotiorum adminiſtrationem reſpicit; ſecus enim apertè contradiceret *textibus* antea *citt.* nec poſſet eſſe manifeſtum.

Digitized by Google

ob textus evidentes in *l. 2. & 14. C. de admin. tut. vel curat.* Reliqua, quæ huc ſpectare poſſent, præoccupavimus in *lib. 1.* ad materiam tutelarum paſſim.

Tertium locum inter quaſi contractus tenet COMMUNIO REI PARTICULARIS, quæ *eſt quaſi contractus, quo illi, qui rem titulo particulari*, puta empti-venditi, legati &c. *communem habent, præſumuntur, vel finguntur ſibi invicem promittere, quòd velint conſentire in diviſionem, quandocunque alteri placuerit.* Nemo enim tenetur ſtare in communione, quæ plerumque ſolet eſſe mater litium, *l. 77. §. 20. ff. de leg. 2.* Obligantur autem habentes rem communem, non tantùm ad rem ipſam, ſed etiam fructus & expenſas dividendas, ad damna dolo, vel culpa, tum lata, tum probabiliùs levi, *arg. l. 25. §. 16. ff. fam. erciſc. & l. 5. §. 2. ff. commod.* reſarcienda. Oritur ex hoc quaſi contractu Actio communi dividundo, qua rem particularem communem habentes agunt, ut dividatur, & præſtanda præſtentur. Habet eaſdem qualitates, ſeu prædicata, quæ habent actiones ex contractu bilaterali verè tali. 7

Interrogas, num hæc actio etiam obtineat, ſi communio ex prævio contractu, v. g. ſocietate, & non tantùm per accidens contigerit? Dixeris, quòd non, dum *in §. 3. h.* expreſsè dicitur: *ſi inter aliquos communis res ſit SINE SOCIETATE.* Verùm nihil intereſſe, quo titulo, ſeu modo res communis ſit, jam deciſum eſt à Gajo in *l. 2. ff. comm. divid. Nihil*, inquam, *intereſt cum ſocietate, an ſine ſocietate res inter aliquos communis ſit, nam utroque caſu locus eſt communi dividundo judicio.* Exinde tamen non inferendum, Imperatorem in *d. §. 3. h.* malè reſtrinxiſſe hunc quaſi contractum, *ſi ſine ſocietate* communio contigerit, ſiquidem in *h. §.* non tam loquitur de diviſione ipſius rei, quàm potiùs fructuum, & expenſarum: ibi: *& alter alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quòd ſolus fructus ex ea re perceperit, aut quòd ſocius ejus neceſſarias expenſas fecerit.* Ad diviſionem fructuum, vel expenſarum verò, ſi præceſſerit ſocietas, non eſt opus actione communi dividundo, cùm actio pro ſocio ſuppetat: adeóque pro materia ſubſtrata Imperator ſtudiô, ac optimè limitavit: Secùs autem dicendum, ſi agatur ad diviſionem ipſius rei, ad quam indiſtinctè per actionem communi dividundo, & nullatenus actione pro ſocio, quâ tantùm lucrum, & damnum dividitur, deveniendum eſt, & hæc eſt mens Pauli, ſi benè percipimus, in *l. 1. ff. comm. divid. Communi dividundo judicium*, inſit, *ideo neceſſarium fuit, quòd pro ſocio actio magis* (id eſt, tantùm, adeóque prius judicium vocat neceſſarium) *ad perſonales invicem præſtationes pertinet, quàm ad communium rerum diviſionem.* Hinc falleris, ſi ſupponas, *ly magis* ſumi comparativè, ut indi-

Digitized by Google

cetur, actionem pro ſocio ſimpliciter, & abſolutè loquendo etiam dari ad diviſionem rei. Etenim non eſt novum, *l*. *magis* accipi debere taxativè, ùt evincunt textus aperti in *l. 6. §. 3. ff. ſi ſerv. t. vid. in l. 5. §. 3. ff. de O. & A. in l. 12. §. 12. ff. mand. & paſſim* jung. *Voët. ff. pro ſoc. n. 10.* (a) Quomodo autem hæ duæ actiones concurrere valeant, & una aliam perimat, videri poteſt in *l. 38. §. 1. & l. 43 ff. pro ſoc. juncta l. 11. ff. comm. divid. cit. Voët. ibid. Hub. ff. d. t. n. 2.* Cæterùm non ſolùm rem quoad dominium, ſive directum, ſive utile, ſive verum, ſive fictum, ſive ex eadem, ſive ex diverſa cauſa, ſed etiam (ſaltem utilis *Hopp. h.*) quoad hypothecam, vel poſſeſſionem, aliúdve jus commune habentibus, competit, vid. *l. 7. princ. & §§. ſeqq. paſſim. ff. de comm. divid. Voët. ibid. n. 1.* Excipe ſervitutes, quæ hoc judicio, niſi quoad exercitium circa tempus, locum &c. non veniunt, *l. 19. §. 2. & ult. ff. eod. Laud. Authοr n. 2.*

8 Quartum locum inter quaſi contractus obtinet COMMUNIO REI UNIVERSALIS, quæ eſt *quaſi contractus, quo cohæredes præſumuntur promittere, velle ſe conſentire in diviſionem hæreditatis, quandocunque alterutri placuerit, & præſtare illa, quæ intuitu hujus communionis præſtanda ſunt.* Obligantur itaque cohæredes ex hoc quaſi contractu, tum ad res hæreditarias, atque præſtationes perſonales dividendas, *l. 22. §. pen. ff. fam. erciſc.* tum etiam ad damna dolô, vel culpâ data reſarcienda. Culpæ autem nomine hic probabiliùs venit culpa non tantùm lata, ùt quibusdam videtur, ſed etiam levis, cùm ſit negotium, in quo vertitur utilitas utriusque, adeóque tenenda communis regula ex *l. 5. §. 2. ff. commod. junctâ l. 23. ff. de R. J.* ibi: *Societas, & RERUM COMMUNIO & dolum, & CULPAM recipit.* revid. dicta *de ſociet. n. 5.* Obmurmurare videtur Paulus in *l. 25. §. 16. ff. fam. erciſc.* in verbis: *NON tamen diligentia præſtare debet* (cohæres) *qualem DILIGENS paterfamilias.* Verùm voluiſ-

(a) Sunt, qui exinde cum Hubero *h. n. 5.* exiſtimant, actionem communi dividundo latiùs patere, quàm quaſi contractum, quatenus etiam competit ex vero contractu, nimirum ſocietate. Sed perperam! Nam in ſocietate etiam intercedit quaſi contractus, quo contrahentes implicitè ſe obligare præſumuntur ad ipſius rei diviſionem, de qua in ſocietate (ubi per ſe loquendo tantum agitur de rebus communis lucri gratiâ conferendis, non dividendis) nihil fuit memoratum. Quid autem, ſi in ipſa ſocietate de rebus dividendis fuiſſet conventum? Dabitur actio pro ſocio non communi dividundo. Prius adhuc repetis: Actio pro ſocio aliunde datur indiſtinctè: Hoc negatur. Probas: Actio communi dividundo tollitur actione pro ſocio. *l. 38. §. un. ff. pro ſocio.* Tollitur equidem; ſed tantùm quoad præſtationes perſonales, non quoad rei communionem. Actione pro ſocio, pergis, tollitur ſocietas *l. 65. ff. d. t.* Quid tum? Etiam morte tollitur ſocietas, & nihilominus manet adhuc communio rei, quæ demum actione communi dividundo ceſſat: Hæc quippe & rei diviſionem, & ſecundario, ſeu per accidens etiam præſtationes perſonales continet.

Digitized by Google

luiſſe per hoc JCtum tantùm excludere diligentiam exactiſſimam, colligitur ex verbis antecedentibus *d. text.* ibi: *Non tantùm dolum, ſed & CULPAM in re hæreditaria præſtare debet cohæres;* Nomine culpæ verò ſimpliciter poſitæ venire culpam levem, patet tum *arg. l. 226. ff. de V. S.* tum ex dictis *tit. 14. p. 2. §. 3. n. 44.* tum etiam ex eo, quòd non novum ſit, poſitivum poni pro ſuperlativo, velut indicat inevitabilis textus in *§. 2. quib. mod. re contr. oblig.* ibi: *Sanè quidem exactam diligentiam*, pro exactiſſima, de qua tenetur haud dubiè (regulariter) Commodatarius.

Ex hoc quaſi contractu naſcitur Actio Familiæ Erciſcundæ. *Familia* namque eſt idem ac hæreditas: *Erciſco* verbum antiquum, idem eſt ac divido, *Huber. ff. fam. erciſc. Briſſ. de V. S.* verbo *Familia*: Eſtque Actio perſonalis, qua cohæredes invicem agunt, ut hæreditas dividatur, illúdque præſtetur, quod præſtari æquum eſt: obtinet eadem prædicata, quæ habent actiones ex contractu bilaterali ortæ. Dixi notanter: *qua cohæredes*, competit igitur cohæredi qualicunque *l. 2. pr. ff. fam. erciſc.* Ita, ut neque excludatur ab hoc remedio, ſaltem utili, Adrogatus ad petendam quartam ex beneficio D. Pii *d. l. 2. §. 1.* Contra cohæredem, hoc eſt, contra illum, qui ſe cohæredem dicit, *arg. l. 43. ff. d. t.* etiamſi bona hæreditaria non poſſideat, *l. 25. §. 2. ff. eod.* ſufficit enim, quòd ſit poſſeſſor jurium: Aliter atque in petitione hæreditatis, quæ poſſeſſorem rerum exigit, *l. 9. 11. & 13. ff. de pet. hæred.* quia ibi agitur ad reſtitutionem. Inde colliges, non dari contra illum, qui alio titulo, quàm hæreditario, puta particulari, fortè, quòd emerit, poſſidet, *d. l. 25. §. 7. l. 45. ff. fam. erciſc.* Neque etiam contra illum, qui ſolus vult eſſe hæres (quippe petitione hæreditatis experiundum, quia partem alterius pro hærede poſſidet) in hoc judicio enim ſupponuntur eſſe cohæredes, *arg. l. 24. §. 1. ff. d. t.* Verùm hoc nondum in propatulo eſt, num, qui hac actione agit, fateatur, alterum eſſe cohæredem. Ita exiſtimat cum aliis *Voët ff. d. t. n. 10.* hoc ipſo, quòd hæc actio non detur, niſi inter cohæredes, *l. 1. ff. eod.* Sed rectiùs negat *Hub. ff. d. t. n. 3.* ob clarum textum *in l. 37. ff. eod.* ibi Scævola: *qui familiæ erciſcundæ judicio agit, NON fatetur adverſarium ſibi eſſe cohæredem.* Imò, inquies, debet fateri, cùm non detur, niſi inter cohæredes? Reponimus: fateri, alterum eſſe cohæredem, ſed non ſemper de jure, ſed quandoque tantùm de facto talem: ſicuti, qui rei vindicatione experitur, fatetur alterum poſſeſſorem, ſed ſæpè ſolummodo de facto talem, adeóque injuſtum, *l. 9. ff. de except.* Hinc non eſt opus, ut in *d. l. 37.* expungatur, 9

ceu volunt, particula *non.* (a) Dixi: ut *hæreditas dividatur*, cujus nomine veniunt res diviſionis capaces, quales non ſunt (ſaltem de jure) (I.) Res extra commercium privatorum, ùt loca ſacra &c. *l. 30. in fin. ff. d. t.* (II.) Res pernicioſæ, vel ſcelere quæſitæ, *vid. l. 4. §. 2. & 5. ff. d. t. item Hub. d. t. n. 4.* nec non etiam (III.) Res naturâ ſuâ indiviſibiles, puta ſervitutes (limita rurſus, niſi quoad exercitium) obligationes pignoratitiæ, inſtrumenta gentilitia, cautiones, & ſimilia, *l. 25. §. 9. 10. & 13. ff. fam. erciſc.* (b) Ejusmodi enim inſtrumenta (præſertim gentilitia, communicatis cohæredibus copiis fidimatis) vel relinquuntur penès primogenitum, vel penès illum, qui majori ex parte hæres eſt, vel committuntur arbitrio cohæredum, alicui tertio, *vid. l. 5. ff. d. t.* Minùs (IV.) huc ſpectant nomina, id eſt, obligationes, & actiones, cùm ſint incorporales, adeóque diviſionem reſpuant, *l. 4. pr. ff. d. t.* ſunt enim ipſo jure, lege nimirùm *12. Tabb.* inter hæredes diviſa, *l. 6. C. eod.* quia tamen difficile foret per partes exigere, vel conveniri, *ad officium Judicis, nonnunquam pertinet, ut debita, & credita ſingulis pro ſolido, aliis alia attribuat*, ſunt verba Gaji in *l. 3. ff. d. t.* qua attributione tamen non obſtante, quilibet hæredum manet debitor, & creditor pro ſua parte jure competente, ita, ut hæc aſſignatio non obſtet creditoribus (ſecùs de debitoribus, quorum non intereſt, an huic, vel illi, ſuppoſitô aliorum mandatô, vel ceſſione, ſolvant, *vid. l. 2. §. fin. ff. eod.*) quò minùs relicto cohærede, qui pro ſolvendo ſolido erat aſſignatus, etiam alios pro rata convenire poſſint, vid. *d. l. 3. ff. d. t. Stryck. de caut. contr. ſect. 3. c. 4. §. 4. & 5.* quod procedere ait Voët. *l. cit. n. 26.* eſto adjudicatio officiô Judicis facta fuerit. Aliud eſt dicendum (quamvis alii contra ſentiant (c)) ſi defun-

(a) Admittit nihilominùs *Laud. Voët.* competere contra ejusmodi confeſſionem beneficium reſtitutionis ex capite juſti erroris. *arg. l. 2. ff de in integr. reſtit. l. 8. §. pen. ff. de confeſſ. juncta l. 23 § ult. 24 & 25. ff. ad L. Aquil.* Sed mihi videtur, hæredem hoc non indigere, hoc ipſo, quòd in jure non dicatur læſus, dum faſſus eſt alterum non tam de jure, quàm de facto cohæredem eſſe *arg. l. 9 ff. de R. V.* Sed unde conſtat, inſis, quod actio fam. erciſc. detur contra cohæredem etiam de facto talem? Exinde quòd in hac actione non ventilatur, quis jure ſit hæres, ſed hoc jam aliunde ſupponatur: *arg. l. 24. §. 1. ff. fam. erciſc.* ſi itaque ruat ſuppoſitum, tantum de facto fuit hæres.

(b) Quid ergo faciendum? Uni res, alteri pretium pro rata adjudicatur *§. 4. de offic. jud. l. 3. C. com. divid.* Vel licitationi exponitur, & pretium dividitur. *l. c. C. d. t.*

(c) Ajunt: hæc diſpoſitio non præjudicat creditoribus. *d. l. 56. §. 1. ff. de V. O. arg. l. 3. ff. fam. erciſc* ergo neque hæredibus. Lata eſt diſparitas, quia iſti, non illi, tenentur præſtare factum defuncti, & inſuper non tantùm veterem, ſed etiam novám obligationem in ſe ſuſcipere. *l. 13. C. de contr. & com ſtipul.* junct. *tit. C. ut action. ab hæred. & contra hæred. incip.* Sed quid ſibi vult Gajus in *l. 69. §. 2. ff. de leg. 1.* ubi in

functus uni ex hæredibus, ſuppoſito creditoris conſenſu, totum debitum impoſuerit: hæres ſiquidem tenetur ſequi voluntatem defuncti, *l. 13: C. de contr. & committ. ſtip. l. 14. C. de R.V. Laudat. Author ibid. §. 6. & 7.* Non obſtat, quòd nomina *Lege 12. Tabb.* ſint diviſa; nam notum eſt, quòd diſpoſitio hominis ceſſare faciat diſpoſitionem Legis. Dixi tamen: *ſuppoſito conſenſu creditoris.* Aliàs enim aſſignatio illa defuncti obtinet quidem inter cohæredes, attamen non nocet creditoribus, quibus cohæredes manent obſtricti. Ita intellige verba *l. 56. §. 1. ff. de V.O.* ibi: *tamen inutile pactum conventum hæredibus ejus erit.* Denique (V.) Res, quæ deſiêrunt eſſe communes, puta, legatæ, diſtractæ, vel alio titulo ab alterutro hærede in alium translatæ, adeò, ut neque pars altera, quæ remanſit, diviſioni maneat obnoxia, *l. 54. ff. fam. erciſc.* poterit nihilominùs in compenſationem alteri non alienanti adjudicari, *arg. l. 25. §. d. t. & ibi Brunn. n. 7. & ſeqq. quem vide.* Quid, ſi res hæreditaria ab alterutro hæredum ſit vendita, num ſaltem pretium fiat commune? Non, quia hoc judicium non eſt abſolutè univerſale, ſicut in petitione hæreditatis: habebit igitur alter cohæres contra diſtrahentem, ſi quà hæres diſtraxit, vel actionem mandati, ſi mandatum præceſſit, vel negotiorum geſtorum, ſi alienationem ratihabeat, vel, ſi ratihabere nolit, rei vindicationem, cùm dominium contra ſuam voluntatem transferri quoad ſuam partem non potuerit, vel denique petitionem hæreditatis, ſi cohæres ſuo proprio nomine diſtraxit, quia ſe ſolum prætendit hæredem: per clarum textum in *l. 20. C. eod.* Quid, ſi res communis vel omninò non, vel ſaltem difficulter ſit diviſibilis? Tunc uni (quod & in judicio particulari, ùt ſuperiùs notavimus, obſervandum) adjudicabitur res tota, alteri verò pro rata æquivalente, aut pecunia, aut res alia. *Hub. ff. com. divid. n. 4. Voët. ff. fam. erciſc. n. 22. & 23.* Dixi denique: *Illúdque præſtetur &c* per quod intelliguntur præſtationes perſonales, quorum nomine veniunt *Commoda*, intuitu hæreditatis ab alterutro hæredum percepta, *l. 19. ff d. t.* *Incommoda* ſcilicet expenſæ in eam factæ *d. l. 19.* *Damna* dolô vel culpâ data, *l. 16. §. 4. ff. eod. Hub. ff. d. t. n. 6.*

Hh 3 Por-

in hac ipſiſſima facti ſpecie creditoribus denegatur actio, & cohæredibus competere dicitur? Potuitne teſtator actionem adimere? JCto hic non eſt ſermo de actione veteri creditoribus contra defunctum competenti; ſed de illa, quæ ex hac diſpoſitione noviter oritur. Regerunt ulteriùs: Inutile eſt pactum, ne ab alio, quàm hoc hærede petatur. *d. l. 56. §. 1. ff de V.O.* Eſt equidem ſuo ſenſu inutile cohæredibus, quatenus, pacto hoc non obſtante, manent ipſo jure pro rata obſtricti, nec ipſi poſſunt contra hæredem in ſolidum gravatum petere, ut ſolidum ſolvat: Eſt tamen in tantum utile, quod ſi à creditore fuerint conventi, poſſint opponere exceptionem pacti cum defuncto initi, ut ab hoc tantùm hærede petatur.

10 Porrò, antequam deveniatur ad hoc judicium, debere legitimè, vel ſaltem ex indubitatis circumſtantiis, conſtare de morte illius, de cujus hæreditate dividenda agitur, res ipſa loquitur, idque deſumitur ex Ulpiano in *l. 2. in fin. pr. ff. d. t.* quia, uti viventis nulla eſt hæreditas, *l. 1. ff. de act. vel hæred. vend.* ita etiam nulla ejus diviſio. Quid autem, ſi, facta diviſione, quædam res manſerint indiviſæ? Non ampliùs hac actione, ſed judicio communi dividundo experiendum eſt, *l. 20. §. 4. ff. fam. erciſc. Voët. ibid. n. 30.* Ratio eſt, quia non ampliùs manet communio hæreditatis, & per hoc vel maximè differt ab actione communi dividundo, quæ ſæpiùs poteſt inſtitui. Limita, ſi diviſio ſolummodò ſit facta inter quosdam hæredes, reliqui verò poſtea ſupervenientes iteratam petant diviſionem, vel, ſi facta ſit diviſio quarumdam tantùm rerum ſingularium, *l. 44. ff. d. t.* ita explicanda. *l. 1. C. eod.* Neque adverſatur paritas de petitione hæreditatis, quæ etiam inter eosdem ſæpiùs competit, *l. 9. ff. de except. rei jud.* quia judicium diviſorium non naturâ tantùm, ſed etiam effectu, ſeu eventu univerſale eſt, cùm dividi poſſint res hæreditariæ, quamvis à cohæredibus non poſſideantur, nec tam factum, quàm jus ſpectetur: Judicium verò hæreditatis petitorium, eſto naturâ ſuâ ſemper ſit univerſale, non tamen ſemper effectu, & eventu tale eſt, cùm non plus conſequatur hæres, quàm id, quod alter poſſidet, etſi univerſaliter egerit, *l. 1. §. 1. ff. ſi pars hæred. l. 10. ff. de pet. hær.* Ait quidem Hub. *ff. fam. erciſc. n. 9.* ſcriptum non meminiſſe, ſæpiùs contra eundem poſſeſſorem uti licere petitione hæreditatis. Sed quid mirum, ſi non omnia, quæ ſcripta ſunt, legerit? Quomodo iſthæc in foro ſubſiſtant, *vid. Stryk. V. M. P. com. div. §. 1.* (a) Quid, ſi, facta diviſione, læſio appareat notabilis quidem, non tamen immodica, ſeu ultra dimidium, num ſit ſperandum remedium reſtitutionis? Æquior videtur affirmativa, (b) ſive læſus minor ſit, de quo extat *l. 11. §. 3. ff. de min.* ſive ſit ma-

(a) Ubi oſtendit, hanc ſubtilitatem hodie non attendi, cùm utrumque judicium ſit bonæ fidei *§. 28. de Action.* idémque modus obtineat, *l. 4. § 2. ff. com. divid.* hinc formulam eſſe, ait, ferè talem. Kläger habe zwar mit ſeinen Brüdern getheilet, demnach aber ſich gezeiget, daß einige Sachen vertuſchet worden (oder anſonſten unvertheilet geblieben) als bittet ſelber, daß alles, ſo zur Erbſchafft gehörig, herbey gebracht, und gleich vertheilet werden möge.

(b) Si nimirùm ſit facta inter cohæredes; quodſi extraneus fuerit ad diviſionem admiſſus & quidem judicialiter, causáque cognitâ, defendendus erit authoritate rei judicatæ, niſi à læſis impetretur contra illam reſtitutio in integrum, quæ errore probato (vix enim aliter, quàm per errorem, etiam quandoque inculpabilem, extraneus erit admiſſus) foret indulgenda. *Vid. l. 2. ff. de in integr. reſtit. & tot. tit. cum l. 3. C. ſi ex falſ. inſtrum.* Hic quippe non impugnatur per ſe & directè ſententia, ſed tantùm per

majorennis, *l. 3. C. com. utr. jud.* ibi: *Majoribus etiam per fraudem, vel dolum, vel PERPERAM ſine judicio* (idem tamen probabiliùs procedit etiam, ſi in judicio) *factis diviſionibus ſolet ſubveniri.* Ratio generaliter aſſignatur, *quia in bonæ fidei judiciis, quòd inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur.* Nec urget inſtantia ab emptione-venditione ex *l. 2. C. de reſcind. vend.* emutuata, ubi requiritur læſio ultra dimidium; nam hoc eſt quid ſpeciale ob frequentiam contractûs. Accedit, quòd læſio in pretio, quod ab affectu deſumitur, non ita, ſicut in ipſis rebus dividendis, quæ in ſe, prout jacent, conſiderantur, appareat *Cocc. ff. fam. erciſc. q. 7.* Diſſentit Voët. *ff. fam. erciſ. n. 35.* Ceſſat hoc judicium, ſi teſtator ad certum tempus (in perpetuum enim fieri nequit, cùm communio ſit mater litium, *l. 77. §. 20. ff. de leg. 2. arg. l. 70. ff. pro ſocio*) diviſionem prohibuerit, quod fieri poſſe probatur, *arg. l. 1 ff d. t. & l. 14. §. 2. ff. com. divid.* Non tamen deneganda hæc actio (idem de actione communi dividundo) ex eo, quòd cohæredes 30. annis, & ultra manſerint in communione: quia manente, ſeu durante communione, ſemper manet cauſa, ſeu fundamentum actionis: Neque etiam poſſit præſcribi, ut non liceat à communione, quæ eſt mater litium, recedere. Turbaris, ùt video, dum mente recoquis, actionem hanc eſſe perpetuam, perpetuum autem juridicum ſe ultra triginta annos non extendere, *l. 1. §. 1. C. de ann. except. l. 3. C. de præſcr. 30. vel 40. ann.* Non eſt aliter, dummodò ponas terminos habiles, quòd nimirum ceſſaverit comunio, puta, ſi unus per 30. annos hæreditatem, quà ſolus hæres bona fide poſſedit; hìc haud dubiè, qui ſe cohæredem eſſe prætendit, non auditur, cùm communio tanto temporis ſpatio jam ſit extincta, adeóque ſublatum fundamentum actionis, *Voët. loc. cit. n. 33.*

Ad communionem rerum, adeóque ad quaſi contractus commodè 11
reduci poteſt, COMMUNIO, & exinde CONFUSIO FINIUM, quatenus nimirum illi, qui prædia confinia, conſequenter fines communes habent, implicitè promittere videntur, ſe velle conſentire in directionem quando; & quomodocunque fines fuerint confuſi. Dixi: *Quomodocunque*, ita, ut non interſit, dolô, caſu, vel aliàs datâ operâ fines confuſi ſint, ſemper enim pugnat ratio tollendæ confuſionis; idcirco ſuperfluum videtur, ſi quis in ſe ſuſcipiat probationem doli (qui in confuſione finium, ùt hactenus benè probat, non tamen quoad alia proba-

tur.

per accidens: Siquidem non fuit lata ſententia, quòd ſit hæres, hoc namque præſupponebatur, ſed tantùm circa partes hæreditarias fuit pronunciatum. Nec obſtat *l. 36. ff. fam. erciſc.* quia ſolummodò innuit non immediatè poſſe agi condictione, ſed primùm impetrata reſtitutione.

Digitized by Google

tur *Stryck. V. M. P. fin. reg. §. 2.* ſæpiùs intervenit) longè difficillimam, cùm ſufficiat ſimpliciter probâſſe, fines hic & nunc eſſe confuſos, nullibíque legatur, debere præceſſiſſe doloſam confuſionem. Dixi: *Fines*, per fines autem olim veniſſe ſpatium quinque pedum, quod inter agros vacuum, nullíque præſcriptioni obnoxium erat, ex L. Manilia relinquendum, omnes docent, quod ſpatium poſtea fuit ſublatum, *l. pen. C. fin. reg.* ibi: *quinque pedum præſcriptione* (id eſt, præſcripta determinatione) *ſubmota. Hub. d. t. n. 5.* Naſcitur exinde Actio Finium Regundorum, ſeu regendorum, qua illi, qui prædia confinia poſſident, quorum fines confuſi ſunt, agunt, ut fines dirigantur, & quod eo nomine præſtari æquum eſt, præſtetur. Eſt hæc actio civilis, perſonalis, rei perſecutoria, bonæ fidei, vel, ſi mavis, arbitraria (nullatenus tamen ſtricti juris, quidquid contra moliatur *Voët. ff. fin. reg. n. 2.* quem vid. (a)) perpetua: Bonæ fidei ideo, quia oritur ex quaſi contractu bilaterali. Arbitraria, quia videtur imitari rei vindicationem, *arg. l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* vel, ſi actor ſe fundet in dolo. *Pagenſt. in Theſ. Jur. d. t. n. 8.* (b) Obtinet hæc Actio in-

(a) Nuſpiam, ait, Laud. Author, numeratur inter actiones bonæ fidei. Et deinde fructus veniunt ex officio judicis poſt litem conteſtatam, ita ut antea percepti nominatim ſint condicendi. *l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* quod indicat actionem ſtricti juris. At nec unum, nec alterum obſtat. Primum ideo nos non ferit, quia regulam *ex §. 23. de Action.* dari ſolitam non admiſimus, utpote quibus ſufficit, ut actio oriatur ex negotio bilaterali. Non alterum; quia non negat JCtus venire etiam inter litem conteſtatam perceptos, ſed diſtinguit inter bonæ & malæ fidei poſſeſſorem: Ille conſumptos lucratur. Quid vero ſi extent? An non venient? Iſte debet reſtituere, ſi actor condixerit, id eſt, ſi petierit. Siquidem & in judiciis bon. fid. non tenetur judex habere rationem fructuum ante lit. conteſt. perceptorum, niſi fuerint petiti per optimum tex. *in l. 25. §. 8. ff. de ædil. edict.* poſt lit. conteſt. vero veniunt, eſto non ſint petiti, ibi enim ſpectant ad officium judicis *d. l. 25. §. 8.* juncta *l. 10. ff. de uſur.* per quod differunt actiones bon. fid. & ſtricti juris, cùm in his fructus etiam poſt lit. conteſt. percepti non aliter veniant, quàm ſi fuerint petiti *arg. l. 99. ff. de V. O.* & ita capienda *l. 38. §. 7. ff. de uſur.* Cæterùm fructus ante lit. conteſt. perceptos etiam in hoc judicium, ſuppoſitis terminis habilibus, venire, patet ex *d. l. 4. §. 2. ff. fin reg.* in verbis; *Sed ante judicium percepti NON OMNIMODO* (ergo ſaltem quandoque, nimirum ſi apud bon. vel mal. fid. poſſeſſorem extent) *hoc in judicium venient.*

(b) Rurſus contradicit *Voët. ubi ſupra.* Siquidem, inſit, eſto tum actio *fam. erciſc.* & *com. divid.* tum *petit. hæredit.* habeantur pro rei vindicatione *l. 22. §. pen. ff. fam. erciſc. l. 7. C. de pet. hær.* tamen non ſunt arbitrariæ *§. 28. de Action.* Hinc ex hoc capite, quòd hæc habeatur etiam in *l. 1. ff. fin. reg.* pro rei vindicatione non poterit dici arbitraria. Multo minùs, pergit, hoc evincitur ex *cit. l. 4. §. 3. ff. d. t.* cum ibi judex non per modum arbitrii, ſed per veram ſententiam definitivam petere nolentem condemnaverit. Bene dicis, Author conſultiſſime! condemnavit, ſed prævio juſſu, ſeu arbitrio, cui reus non paruit; debet enim aliquid ſupponi, cui non paruit re-

inter habentes prædia confinia ruſtica, non urbana, quia hæc muris, ſeu parietibus (ſecùs, ſi ſint horti) diſtinguuntur, dicunturque potiùs vicina, quàm confinia, *d. l. 4. §. 10. ff. d. t.* Num detur inter ſocios, ſi alteruter prædium confine habeat cum prædio communi? Non datur. Ita in terminis JC. Paulus in *d. l. 4. §. 7. ff. d. t.* quia ſocii in hac actione adverſarii eſſe non poſſunt: Suggerit tamen conſilium, ut fundum proprium, vel communem alienet, & poſteà hac actione experiatur. Verùm argues, quòd in ſimili caſu obtineat inter ſocios actio confeſſoria, & negatoria, *l. 27. ff. de S. P. V. l. 14. §. 1. ff. ſi ſerv. vindic.* Cur non etiam obtinebit actio finium regundorum? Ideo, quia contra ſervitutes, niſi interrumpantur, currit præſcriptio longi temporis, hinc debet actio ſociis indulgeri; contra confuſionem finium autem, ex mox dicendis, nulla currit præſcriptio, hinc etiam nullum, durante ſocietate, timendum præjudicium. Aliter reſpondet *Voët. ubi ſup. n. 6. circa fin.* Porrò hæc actio non ſolùm competit in quæſtionibus dominii, vel quaſi, ſed etiam (ſaltem utilis) ſi controverſia ſit de aliis juribus (puta decimandi, venandi, juriſdictionis &c.) dummodo probetur confuſio finium ab eo, qui ejusmodi jus ſibi competere authenticè oſtendit. Sanè, uti in judiciis diviſoriis non tantùm agitur ad diviſionem, ſed etiam ad id, quod intereſt, ita & hic præſtandum, quod intereſt, tum ratione fructuum, tum ratione damni dolô, vel culpâ (levi) dati, *vid. d. l. 4. §. 1. 2. & 3. ff. fin. reg.* (a) Diximus ſuprà, contra confuſionem finium nullam currere præſcriptionem, quod ita intellectum volumus, ut, quamdiu manet confuſio, tamdiu etiam duret actio finium regundorum tanquam fundamentum hujus actionis, nec enim præſcribi poteſt, ut debeat manere confuſio, quæ, ſicut communio, eſt mater litium; abſonum itaque foret, ſi præſcriptio, quæ ad tollendam confuſionem introducta eſt, fieret confuſionis origo, & genitrix. Aliud dicendum foret, ſi de finibus conſtet, ubi & nunc ſint, & ubi ante 30. annos fuerint; hic enim, ſpatiô 30. annorum elapsô, non ampliùs peti poteſt, ut dirigantur, uti anteà fuerant, & in hoc ſenſu etiam hæc actio, ſicuti aliæ civiles, ultra 30. annos ſe non extendit, cùm ceſſet confuſio. Imò, ſi agatur de ipſa terræ portione terminante, ſufficit præſcriptio temporis ordinarii, *arg.*

 l. 2.

rem. Sed quid ad primum Voëtii fundamentum? Quòd petitio hæreditatis ſit, bon. fid. eſt quid ſpeciale, ùt omnes fatentur. Quòd autem actio *fin. reg.* ſit bon. fid. eſt ideo, quia ſupponit factum hæredum mixtum aditionem hæreditatis tanquam quaſi contractum bilateralem; hoc verò ſæpè doli occaſione oritur.

(a) Extat notabilis conſtitutio in *l. 4. C. eod.* qua ille, qui pendente judicio de finibus alterius quid uſurpavit, tantùm agri modum de ſuo amittit, quantum alteri adimere tentavit.

l. 2. §. 6. ff. pro empt. Quænam obſervanda ſint in practica directione finium, latiùs tradit Stryck. *V, M. P. fin. reg. §. 5.* Cæterùm notandum, tria hæc judicia communi dividundo, familiæ erciſcundæ, & finium regundorum vocari mixta, dum quilibet dicitur actor, quilibet reus, *l. 37. §. 1. ff. de O. & A.*

12 Quintum locum inter quaſi contractus ſibi vendicat ADITIO HÆREDITATIS, quatenus hæres adeundo hæreditatem cenſetur promittere, ſe velle ſolvere legata, & fideicommiſſa, conſequenter vi hujus quaſi contractûs obligatur ſolummodò creditoribus teſtamentariis, id eſt iis, quibus in teſtamento titulo legati, vel fideicommiſſi aliquid relictum fuit, *arg. §. 5. h. l. 5. §. 2. ff. de O. & A.* (a) Creditoribus autem hæreditariis, ſeu ipſius defuncti, obſtringitur occaſione hujus aditionis ex eo ipſo negotio, ex quo obligabatur defunctus, *arg. l. 13. C. de contr. & committ. ſtipul. §. 1. de perpet. & temp. act.* hoc ipſo, quòd ejus perſonam repræſentet, *l. 62. ff. de R. J.* Neque conditio obligationis ex perſona hæredis mutari debeat, *l. 2. §. 2. ff. de V. O.* Ex hoc quaſi contractu oritur actio perſonalis ex teſtamento, quæ legatariis, & fideicommiſſariis competit adversùs hæredem, ut legata, & fideicommiſſa præſtentur. Eſt Civilis, REI Perſecutoria, Stricti Juris, Perpetua. Dixi: *Stricti Juris, arg. l. 6. ff. de in lit. jur.* quia oritur ex negotio unilaterali; per aditionem quippe ſolus hæres legatariis (non item hi viciſſim) obligatur. Imitatur tamen in eo actiones bonæ fidei, quòd (haud dubiè in favorem ultimarum voluntatum) detur ad fructus, & uſuras à tempore moræ, *l. 34. ff. de uſur.*

§. III.

De Indebiti, aliisque Acceptionibus.

ULtimus locus inter quaſi contractus relictus eſt *hic in textu* Solutioni, ſeu potiùs Acceptioni Indebiti, non enim, qui ſolvit, ſed, qui accipit indebitum, quaſi contrahit, & obligatur. Eſt autem ACCEPTIO INDEBITI *quaſi contractus, quo is, qui ſolutionem accipit, præſumitur, vel fingitur promittere, velle ſe reſtituere, quod accepit, ſi apparuerit, illud non fuiſ-*

(a) Hinc iſte quaſi contractus ideo fuit neceſſarius, ne legata, vel fideicommiſſa perirent, cùm nulla actione legatariis, aut fideicommiſſariis ſuccurri potuiſſet; quia neque cum defuncto, neque cum hærede contraxerunt: neque etiam, quod hæres per aditionem hæreditatis repræſentet perſonam defuncti, quidquam juvaret; cum defunctus non fuerit legatariis, & fideicommiſſariis obſtrictus: Legatum autem vel fideicommiſſum non defunctum, ſed hæredem gravant, dum primùm poſt mortem robur obtinent.

Digitized by Google

ſuiſſe debitum. Nihil contra facit, quòd partes nihil minùs, quàm de contrahendo, vel quaſi, cogitent, ſed potiùs de diſtrahendo, nimirum de tollenda obligatione: nam hoc quidem verum eſt, ſi attendatur ad id, quod debitor, & creditor explicitè agunt; *cùm verò plerumque id accidat* (ſunt verba Pomponii, in *l. 13. in fin. ff. commod.*) *ut extra id, quod ageretur, tacita obligatio naſcatur, velut, cùm per errorem indebitum ſolvendi causâ datur*, non eſt dubitandum, quòd hæc acceptio (idem de aliis ſequentibus) numerari debeat inter quaſi contractus, in quibus abſque eo, quòd partes cogitent, imò iis invitis, conſenſus à lege inducitur, ſuppletur, aut fingitur. Requiritur autem (quod rurſus etiam in aliis acceptionibus obſervandum) ut aliquid actu ſolutum ſit, & inde eſt, quòd hæc acceptio juxta *§. 1. quib. mod. re contr. oblig.* immixta ſit contractibus realibus, quatenus actuali rei traditione opus eſt, ac inſuper, qui accipit indebitum, videatur quaſi mutuum accipere. *Hub. d. t. num. 7. & hic num. 8.*

Progignitur ex hoc quaſi contractu CONDICTIO INDEBITI, 14
quæ eſt Actio perſonalis, quâ indebitè per errorem (ſub quo & dubitatio intelligitur, *l. ult. C. eod.*) ſolutum repetimus. Eſt inſuper Civilis, Rei Perſecutoria, Stricti Juris (oritur quippe, uti omnes aliæ condictiones, ex negotio unilaterali, quatenus tantùm accipiens obligatur) Perpetua. Competit indebitum ſolventi, & hæredibus, *l. 12. ff. de cond. ind.* contra accipientem, ejúſque hæredes, dummodo accipiens talis ſit conditionis, ut poſſit ſe obligare, adeóque non dabitur (niſi in quantum factus eſt ditior) contra pupillum, ſi eidem ſine interventu tutoris ſolutum ſit, *§. 1. quib. mod. re contr. oblig.* Quòdſi plures verum debitum ſolverint, dabitur poſteriùs ſolventi, ſuppoſito, quòd uterque in ſolidum debuerit, *arg. l. 25. ff. eod.* ille enim ſolvit indebitum: Si verò non conſtet, quisnam priùs, quisnam poſteriùs ſolverit, vel quilibet tantùm pro parte fuerit obſtrictus, competit utrique pro rata, *l. 19. ff. d. t.* Secùs, ſi duas res disjunctivè debitas ſimul ſolverint: Hic enim eſt electio penès accipientem, qualem velit reſtituere, ut alterius repetitio impediatur, *l. 21. ff. eod.* cùm enim ſinguli unum corpus ſolverint, ſingulis electio in repetitione eſſe non poteſt, nam implicat electio ad repetendum id, quod ſolvi debuit; & ſi quilibet vellet datum repetere, creditori nihil remaneret, hinc accipienti electio relinquenda. Quid autem, ſi unus duas res disjunctivè debitas ſimul ſolverit? Ulpianus in *l. 26. §. pen. in fin. ff. d. t.* electionem dabat accipienti: Julianus in *l. 32. pr. ff. eod.* ſolventi, Juliani ſententia fuit ab Imperatore in *l. pen. C. d. t.* approbata, & ita diſſidium hoc (de quo jam in Proœmio *Append. 2. n. 13.*)

 ſub-

ſublatum. Ratio ibid. ex Papiniano refertur, quia, veluti antequam ſolveretur, electio penès debitorem erat, quid velit præſtare, ita, ſi utrumque per errorem ſolutum ſit, manebit penès illum electio, quid velit repetere. (a) Quid, ſi ſolvatur creditori, quod eidem debetur, ſed non à ſolvente? Repetitionem non indulget Pomponius in *l. 19. §. 1. ff. d. t.* ibi: *quamvis debitum ſibi quis recipiat, tamen, ſi is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit.* Negat econtra Paulus in *l. 44. ff. eod. Repetitio,* inquit, *nulla eſt ab eo, qui ſuum recipit, etiamſi ab alio, quàm verò debitore ſolutum eſt.* Utrumque ſequere. Pomponium, ſi ſermo ſit de quantitate, v.g. pecuniâ ſolutâ: Paulum; ſi de ſpecie certa (Philoſophis individuo) cui debebatur, præſtita ſermo ſit; quod indicant verba: *ſi ſuum recipit.* Alii intelligunt Pomponium de caſu, quo quis alienum debitum proprio nomine ex errore ſolvit. Paulum verò de caſu, ubi quis alienum debitum nomine debitoris ſolvit. *Hub. n. 9.* Aliter rurſus explicat *Cocc. d. t. quæſt. 13.* quem vide. (b)

15 Qui autem hac condictione eluctari cupit, debet imprimis probare id, quod ſolutum eſt, fuiſſe indebitum, & quidem tam de jure naturali, quàm civili; ſi enim jure naturali fuerit debitum, vel etiam jure civili tantùm, ſed efficaciter (id eſt, ubi nulla poteſt opponi exceptio) ceſſat repetitio: Prius deducitur ex *l. 10. ff. de O. & A.* Poſterius ex *l. 40. ff. de condict. & l. 9. C. ad SC. Vellej.* Notabile exemplum obligationis naturalis huc ſpectantis affert *Huber. ff. de cond. ind. n. 5.* de eo, qui fatetur ſe debere centum ſine expreſſione cauſæ. Ex tali obligatione ceſſat quidem actio, *l. 2. §. 3. ff. de dol. mal. & met. except.* ſi tamen ſecuta ſit ſolutio, negabitur repetitio, uti judicatum refert *Laud. Author.* Exempla obligationis civilis retulimus ſupra *tit. 14. p. 1. num. 2.* Quid dicendum, ſi debitum ſit civile, ſed inefficax, id eſt, elidibile per exceptio-

(a) Quid ſi fidejuſſor indebitum ſolverit? Si debitoris nomine ſolverit, non ipſi, ſed principali debitori competit condictio, ſalvo nihilominus regreſſu contra ipſum debitorem. Quòd ſi nomine proprio ſolverit, ipſi non principali datur condictio; ita tamen, ut, quod minus ab eo, cui ſolvit, conſecutus eſt, à debitore poſſit obtinere. uti clarè reſpondit Celſus in *l. 47. ff. d. t.* Et ita etiam eſt intelligenda *l. 38. §. fin. ff. eod.* Quid ſi ipſe debitor, & ſimul fidejuſſor verum debitum ſolverint? Dabitur condictio poſteriùs ſolventi. *arg. princ. Inſt. quib. mod. toll. oblig. & l. 25. ff. de condict. ind.*

(b) Intellige quippe *l. 19.* de caſu, quo ſolvens non erat debitor debitoris principalis: Et *l. 44.* de caſu quo, ſolvens erat debitor illius, qui ſolvere debuiſſet. Hinc namque ex æquitate ceſſat repetitio, cùm debitum illius ſit quodammodo in ſuis bonis. Siquidem eſt in bonis proprii creditoris, & iſtius bona ſunt in bonis creditoris, cui ſolutum eſt, conſequenter accipis, quod quaſi ſuum eſt. Huc faciunt, præter æquitatem naturalem, textus in *l. 49. 143. 213. §. 1. ff. de V. S.*

Digitized by Google

ptionem? Diſtinguit Martianus in *d. l. 40. ff. de cond. ind.* Si exceptio ſit in favorem debitoris, veluti eſt in interceſſionibus fœminarum, ſolutum repetitur, quia omnis obligatio, etiam naturalis, ùt ajunt, ſublata eſt: Si verò eſt in odium creditoris, utì eſt exceptio SC. Macedoniani, ceſſat repetitio, quia videtur adhuc ſubeſſe quædam obligatio, ſaltem naturalis. Quid, ſi quid ſolutum ſit ante adventum diei, ubi debebatur? Non repetitur, quia jam debetur, *l. 10. ff. d. t. arg. l. 213. ff. de V. S.* Limita, ſi dies planè ſit incertus, quia tam parùm debetur, quàm id, quod debetur ſub conditione, *l. 16. junctâ l. 18. ff. de condict. ind. & ibi Voet. n. 3.* nam pendente conditione dies neque cedit, neque venit, *d. l. 213. de V. S.* Debet ulteriùs Actor probare, ex errore facti, non juris ſolutum eſſe, *l. 10. C. de jur. & fact. ign.* ibi: *cùm quis jus ignorans indebitam pecuniam ſolverit, ceſſat repetitio; per ignorantiam enim facti tantùm repetitionem indebiti ſoluti competere, tibi notum eſt.* Idem habetur in *l. 9. §. 5. ff. eod. ſi quis*, ait JCtus, *jus ignorans falcidiâ uſus non ſit, nocere ei dicit, epiſtola D. Pii*, qui enim ſciens indebitum ſolvit, non repetit, quia cenſetur donâſſe, juxta vulgatum Pauli in *l. 53. ff. de R. J.* ibi: *cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus conſultò dati, donatio eſt.* At non ita planum eſt, utrùm ſolutum ex errore juris non poſſit repeti. Equidem *Juris ignorantia* (ſunt verba Papiniani in *l. 7. ff. d. t.*) *non prodeſt acquirere volentibus, ſuum verò petentibus non nocet.* Si huic textui minùs fidas, cùm tantùm dicat, non nocere *ſuum petentibus*, indebitum condicens verò non dicatur propriè ſuum petere, cùm jam ſit translatum dominium: Juvabit textus fortè clarior in *l. 8. ff. d. t.* ibi: *cæterùm omnibus juris error in damnis amittendæ rei ſuæ non nocet:* Jam tempore ſolutionis, ubi agitur de re amittenda, adfuit error juris, conſequenter non nocet. His accedit, quòd hæc condictio dicatur in bono, & æquo fundata, qua id, quod apud alterum ſine cauſa exiſtit, repetitur, *l. 66. ff. de cond. ind.* quod autem ex errore juris ſolvitur, apud alterum exiſtit ſine cauſa. In hac textuum varietate, dato, & retento, procedendum eſt. Damus, ita ſolutum ex errore juris non poſſe repeti, ſi prò accipiente militet aliqua naturalis æquitas, conſequenter in debitore quædam ſaltem obligatio in natura fundata reſideat, veluti res ſe habet reſpectu Legatariorum, quibus ex errore juris, falcidiâ non deductâ, integra legata ſoluta ſunt; favet enim illis voluntas defuncti, fundans aliqualem ſaltem obligationem naturalem: huc applicari poteſt dictum Juliani apud Ulpianum in *l. 3. §. ult. quod quiſque jur.* ibi: *ſupereſſe enim naturalem cauſam, quæ inhibet repetitionem.* Tenemus, poſſe ſolutum repeti, ſi nulla pro accipiente ſtet æquitas. Pone, me ex errore juris ſolviſſe debitum metu extortum; potero re-

repetere, quia hic pro accipiente nulla loquitur æquitas, imò iniquitas accuſat. (a) Latiùs, & ſolidè *Vinn. ad §. 6. h. n. 3.* Hac autem ritè in judicium deducta, ſequitur condemnatio ad rem indebitè ſolutam unà cum fructibus reſtituendam, *l. 15. l. 65. §. 5. & 6. ff. de condict. ind.* Dixi: *unà cum fructibus,* quòd peregrinum videri poſſet, cùm in actionibus ſtricti juris, quales ſunt condictiones, fructus ante litem conteſtatam percepti haud veniant: Verùm eſt quid ſpeciale imprimis ideo, quia condictiones fundantur in æquitate quadam naturali, ubi rigor ille juris non attenditur; deinde in condictionibus repetitur dominium rei, quæ anteà noſtra fuerat; condicere enim propriè eſt dominium ab alio avocare, *vid. §. 14. & 15. de act.* Ceſſat condictio indebiti (I.) ſi quid ſolutum ſit in iis cauſis, ubi lis inficiando creſcit, *§. ult.* & ibi *cit. Vinn. h. t.* quales ſunt depoſitum miſerabile, actio legis Aquiliæ, & ex teſtamento quoad legata pia, *§. 26. de act.* quia præſumitur dediſſe transactionis nomine, ne incurreret periculum ſolvendi duplum: Quod autem (II.) transactionis nomine ſolvitur, repeti ampliùs non poteſt, eſto appareat fuiſſe indebitum, *l. 65. §. 1. ff. d. t.* (III.) In datione dotis, puta, ſi mater, vel aſcendentes materni, vel ſoror ex errore, aut falſa opinione debiti dotem dederit, *l. 32. §. 2. ff. de cond. indeb.* Ratio conſiſtit in pietatis affectu. *Hub. h. n. ult. Voët. ff. de cond. ind. n. 15. & ſeqq.* (IV.) Si ſolutum ſit ex iis cauſis, in quibus retentionem quidem habemus, non autem petitionem. Ita Pomponius in *l. 51. ff. d. t. cit. Voët. ibid. n. 27.*

16 Acceptioni Indebiti annectere liceat alias Acceptiones, quæ commodè ad quaſi contractus reduci poſſunt. Eſtque prima ACCEPTIO OB CAUSAM FUTURAM, *quæ eſt quaſi contractus, quo ille, qui aliquid accepit ob cauſam futuram honeſtam implicitè cenſetur promittere, velle ſe reſtituere, quod accepit, ſi cauſa illa non fuerit ſecuta.* Et quidni? ſi enim in

(a) Ejuſmodi enim debitum, ſuppoſito, quòd nulla ſubſit æquitas, nullum prorſus habet effectum in jure; nam nec admittit compenſationem. *arg. l. 14. ff. de compenſ.* nec alias acceſſiones. *l. 3. §. 1. ff. de conſt. pecun. l. 7. ff. de fidej.* jung. *l. 9. ff. de jurej.* & notabiliter *l. 7. ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* Item *l. 32. §. 1. ff. l. 5. C. de condict. indeb.*

Sed in regula quid dicendum? Pro neutra ſententia regulam ponimus, cùm utrumque æquè frequenter poſſit contingere: quæſtionem igitur ſub data diſtinctione reſolvimus, ita, ut ſicut probari debet juris error, & æquitas ſubeſſe debeat. Non obſtat, quòd in regula juris error non toleretur. Eſto hoc, niſi agatur de re amittenda, ubi indiſtinctè & in omnibus toleratur. Accedit, quòd ubi militat æquitas naturalis, non ſit planum, ceſſare repetitionem, conſequenter *cit. l. 10.* intelligenda erit, ubi nulla ſubeſt æquitatis ratio.

An, ſi dubitans ſolverit, detur repetitio? Datur; niſi transactionis nomine ſolutum fuiſſe, probetur *l. ult. C. de condict. indeb.*

Digitized by Google

in eo, qui accepit indebitum ob cauſam præteritam, quæ creditur ſubeſſe, locum habet hæc præſumptio ob æquitatem, cur non obtinebit in eo, qui accepit ob futuram, quæ ſperatur implenda, caſu quo poſteà deficiat, ob eandem æquitatem? quò pariter facit textus in *d. l. 13. §. fin. ff. commod.* Procedit exinde CONDICTIO CAUSA DATA, CAUSA NON SECUTA, ſeu CONDICTIO OB CAUSAM DATORUM, quæ eſt actio perſonalis, qua id, quod propter cauſam futuram honeſtam datum eſt, cauſâ illâ non ſecutâ repetimus. (a) Prædicata habet eadem, quæ condictio indebiti.

Interrogas hic, cur ad reſcindendum contractum innominatum, cujus occaſione naſcitur hæc condictio, non competat actio ex ipſo contractu, prout fit in mandato, *§. 9. de mand.* in ſocietate, *§. 4. de ſociet.* in *l. 1. §. 45. ff. depoſ.*? Reſpondet quidem Thomaſ. ad Hub. *ff. de cond. cauſ. dat.* hoc nonadmittere naturam actionis ſtricti juris, qualis eſt actio, quæ oritur ex contractu, Do, ut Facias. Verùm, cùm hæc reſponſio noſtris principiis repugnet, dum omnes contractus innominati juxta nos ſunt bonæ fidei, alia nobis eſt ratio, nempe, quia actio præſcriptis verbis nimis vaga eſt & incerta, *l. 6. C. de rer. permut.* carens certâ formulâ, conſequenter non poteſt ſe extendere ad reſciſſionem contractûs, deſumitur enim, & deſcribitur potiſſimùm ex iis, quæ acta ſunt expreſsè, non quæ implicitè tantùm continentur: Competit danti, & hæredibus con-

(a) Hinc Hubero adſtipulari nullatenus poſſumus, qui contendit oriri ex ipſo contractu innominato; Siquidem imprimis ex contractu innominato non oritur alia actio, quàm præſcriptis verbis; deinde, ſi juxta principia præfati Authoris. *ad tit. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* ipſa actio præſcriptis verbis ſe non extendit ad reſciſſionem contractus, quia juxta illius doctrinam eſt ſtricti juris, multò minùs poterit ipſe contractus, utpote ſimiliter ſtricti juris, ſe extendere, & planè aliam actionem in ſui necem producere, cùm hoc utique magis adhuc repugnaret puritati contractûs ſtricti juris. Illud faciliùs dabimus, oriri occaſione contractûs innominati, quatenus requiritur datio prævia & acceptio, qua implicitè obligatur accipiens ad reſtitutionem, caſu quo cauſa non fuerit ſecuta. Sed nondum quieſcit Huberus: omnis contractus, inquiens, parit actionem naturæ ſuæ convenientem, cùm igitur natura contractuum innominatorum talis ſit, ut re integra liceat pœnitere & recedere, pariens etiam in hunc ipſum finem actionem *arg. l. 2. C. de reſcind. Vendit. §. 4. de ſociet. §. 9. mand. l. 1. §. 45. ff. depoſ.* At non facilè perſuadebit *Memòr. Author*, naturam contractuum innominatorum eſſe, ut detur locus pœnitentiæ, cùm natura omnium contractuum per ſe ad obligandum tendat, & conſequenter quibusdam præter naturam, & adventitiè, adeóque ex alio fundamento (de quo nos alibi) accidit, quòd liceat re integra recedere. Datæ inſtantiæ de ſocietate, mandato &c. planè non faciunt ad rem, quia in his competit actio ex ipſo contractu v. g. pro ſocio, mandati, idcirco etiam in contractibus innominatis deberet ad repetendum, quod datum eſt, competere actio præſcriptis verbis, quam tamen nec Huberus admittit.

contra accipientem, & hæredes, dummodo probari poſſit aliquid datum eſſe ob cauſam futuram honeſtam, & cauſa illa ſecuta non ſit. Dixi: *datum eſſe*, ſub datione tamen comprehenditur etiam acceptilatio, qua nimirum alterum in acceptis referendo, quod debebat, ob cauſam futuram liberavi, *l. 4. l. 10. ff. de condict. cauſ. dat.* Non obſtat, *l. 9. ff. præſc. verb.* ubi non condictio, ſed actio incerti, ut fides ſervetur, vel ut ſequatur condemnatio, competere dicitur. Nam ibi acceptilatio non ùt imaginaria quædam ſolutio, ſed ùt factum acceptilationis conſideratur: quia autem factum infectum fieri nequit, adeóque acceptilatio maneat in ſuo robore, non priori, ſed incerti (per quod tamen non excluditur condictio, imò ſubintelligi poteſt condictio incerti) actione agendum eſſe, Papinianus reſpondet, *vid. Voët. ff. de condict. cauſ. dat. n. 3.* Dixi: *ob cauſam futuram*, quod innuit Pomponius in *l. 52. ff. de cond. indeb.* Datum ob cauſam præteritam, puta, emptionem-venditionem præviam, hac condictione non repetitur, *l. 8. C. de contr. empt. vend.* Dixi: *honeſtam. l. 1. ff. de condict. cauſ. dat. l. 1. §. 1. ff. de condict. ob turp. cauſ.* Cauſa enim inhoneſta huc non pertinet.

17 Dixi: *Et cauſa illa ſecuta non ſit.* Ubi tamen per diſtinctionum anfractus eundum, & videndum eſt, utrùm non ſit ſecuta ex pœnitentia dantis, vel ex culpa accipientis, vel caſu? ſi primum? condictio locum habet, *l. 3. §. 2. & 3. l. 5. pr. §. 1. & 2. ff. de cond. cauſ. dat.* & arg. eorum, quæ diximus ſupra *tit. 14. n. 30. verſ. Altera.* Hic tamen

Quæres, num jus pœnitendi transeat etiam ad hæredes? Negat cum communi *D. D. Franz p. m. h. part. 7. num. 11.* Videmus enim, ait ille, in aliis cauſis, ubi datur jus pœnitendi, hoc ſoli danti, non hæredibus competere, veluti in ſpecie patet ex *l. 32. §. 2. ff. de donat. int. vir. & uxor. in l. 25. C. eod. in §. 1. Inſtit. de donat.* Et hoc, ùt putat Author, exigit omnino ratio juris, quia jus pœnitendi perſonæ cohæret, pœnitentia enim eſt actus voluntatis, voluntas autem morte finitur, *l. 4. ff. locat.* atqui, quæ perſonæ cohærent, ad hæredes non transeunt, *l. 8. §. 3. ff. de liberat. leg.* Verùm his rationibus minimè obſtantibus quadriga Authorum, quam nobis erudiè ſubminiſtrat ſæpiùs memoratus Colend. Coll. de Herz *cit. Tr. c. 3. n. 19.* quibus addimus Voëtium *ff. de condict. cauſ. dat. n. 4.* in affirmativam non tam trahimur, quàm lubentiſſimi vehimur. Viam planam ſternit ratio vulgaris, quòd hæres ſuccedat in omne jus, quod defunctus ex natura contractùs habuit, *arg. §. 1. de perp. & temp. act. l. 37. ff. de A. v. O. H.* Eſt quippe una cum defuncto perſona *nov. 48. in præf.* hinc jus pœnitendi tamdiu manet ſub hac regula, donec probetur exceptum, præſertim cùm aliunde notum ſit, non da-

dari obligationem in hærede (niſi ex ultima voluntate oriatur, *l. 59. ff. de R. J.*) quæ non fuit in defuncto. Neque curſum morantur rationes contrariæ, utpote, quia fundantur in ſpecialibus caſibus, ubi morte tollitur obex actibus illis obſtans, illo verò ſublato, actus ejusmodi, ex ſpeciali legis diſpoſitione, quæ impræſentiarum deficit, vires capiunt, & confirmantur. Eodem ferè modo ſatisfit, *l. 3. ff. de ſerv. export.* & *l. 69. ff. de cond. & demonſt.* Illa eſt in favorem libertatis, hæc reſpicit actum voluntatis conditionatum, & alligatum perſonæ legatarii, in quam, non in hæredem, ferebatur affectus legantis. Ratio ſubjuncta levi repulſu è medio tollitur; confundit enim, ſatis incautè actualem pœnitentiam cum jure pœnitendi, dum tamen hæc tota cœli via differunt. Si alterum, hoc eſt, ſi cauſa non ſit ſecuta ex culpa accipientis rurſus competit repetitio, *l. 6. & 8. C. de condict. ob cauſ. dat.* Si tertium, nempe dum caſu deficit cauſa, fortè, quòd res caſu fatali periêrit, exiſtimant quidem non pauci, indiſtinctè competere repetitionem ex capite pœnitentiæ; ſed quoniam ſtante hac ſententia ſemper res periculo accipientis, nunquam dantis foret contra *l. 5. §. 1. in fin. ff. præſ. verb.* dans enim ſemper ageret ex capite pœnitentiæ; Meliùs illi ſentiunt, qui cum *Voët. ubi ſuprà n. 5.* ad mentem Ulpiani in *l. 5. §. ult. ff. de cond. cauſ. dat.* diſtinguunt, utrùm occaſione contractûs res periêrit, aliàs non peritura, num verò etiam contractu non interveniente periiſſet. Si prius, pone ſervum ad Præſidem manumiſſionis expediendæ cauſâ miſſum, quem domi aliàs retinuiſſes, à latronibus occiſum, ceſſat repetitio illius, quod, ut manumittatur, accepiſti, *d. l. 5. §. ult. jung. §. 3. ibid. ff. de cond. cauſ. dat.* Et ita intelligenda eſt *l. pen. C. d. t.* Si poſterius, fortè, quòd ſervus aliàs ægrotus vitâ deceſſerit: erit repetitioni locus: ita capienda *l. ult. ff. d. t.* (a) Quid, ſi cauſa, ob quam datum eſt, fuerit impoſſibilis? Si ab initio, dum datum eſt, erat impoſſibilis, & quidem abſolutè reſpectu omnium, denegatur repetitio, quia (ſuppoſito, quòd ſciverit) cenſetur dans donare, *arg. l. 8. ff. de condict. ob turp. cauſ.* Si verò tantùm reſpectivè erat impoſſibilis, puta, dedi Cajo militi centum, ut procuratorem ageret, cau-

(a) Eſt textus notabilis, ubi pecunia ut Stichus ſervus daretur, non pro pretio, ſed pro re accipitur; adeóque non eſt emptio, ſed contractus Do: ut Des: fortè ideo, quia à DATIONE incipit; in venditione econtra ſufficit TRADITIO. Vel etiam, quia hic pecunia ſe habet ùt corpus: parile exemplum habetur in *l. 5. §. 1. verſ. vel ſi meum. ff. de præſ. verb.* Admittimus igitur quandoque condictio ex capite pœnitentiæ, eſto ceſſet condictio cauſ. dat. ſi nimirum non ſtet penès debitorem, quò minùs cauſa præſtetur, fortè quòd res viciſſim danda extra contractûs occaſionem interiêris. *l. 3. §. 3. l. 5. pr. §. 1. & 2. ff. d. t.* modò aliàs res ſit adhuc integra, id eſt, circa negotium principale nihil actum ſit. vid. *l. 5. pr. & §. 3. ff. eod.*

cauſa ceſſante, datur repetitio, *l.* 5. *C. ob cauſ. dat.* quia, quamvis ut miles procuratorem agere non potuerit, potui tamen ego prudenter exiſtimare, quòd ſit ceſſaturus eſſe miles, & poſteà procuratoris officium impleturus.

18 Altera Acceptio (quæ, etſi ad quaſi contractum ſpectare non pauci negent, nec ex vanis rationibus, vid. *Hub. ff. de condict. ob turp. cauſ. num.* 2. tolerari tamen interim poteſt, per ea, quæ habet ejus Scholiaſtes *ibid.*) eſt ACCEPTIO OB TURPEM, VEL INJUSTAM CAUSAM, *qua ille, qui ob cauſam turpem, vel inboneſtam ex parte ſui* (accipientis) *tantùm talem aliquid accepit, interpretatione j ri cenſetur promittere, ſe reſtituturum id, quod accepit.* Neque officit, quòd accipiens nil minùs, quàm reſtituere cogitet: Nam fictiones juris non circa veroſimilia, ſed potiùs circa ea, quæ falſa ſunt, verſantur, per hoc enim differre vulgò dicuntur à præſumptionibus.

Dices quidem, in quaſi contractibus debere ſaltem intercedere facta honeſta: acceptio autem (quæ verè conſtituere deberet quaſi contractum) hic eſt inhoneſtiſſima, quia turpis. Non diffitemur, quod ais, interim tamen neque tu negabis, dationem eſſe honeſtam, conſequenter in pari cauſa potiùs id, quod honeſtum eſt, quàm aliud, quod inhoneſtatem continet, reſpiciendum, atque exinde fictionem deſumendam, ita ut rurſus quadret effatum Pomponii in *d. l.* 13. *§. ult. ff. commod.* Sed de hoc aliis curis. (a) Hoc quippe certum eſt, teneri accipientem ad reſtitutionem, cùm turpiter accepti turpis quoque ſit retentio: ex hac autem obligatione provenit condictio ob turpem, vel injuſtam cauſam, quæ eſt actio perſonalis, qua id, quod datum eſt ob cauſam turpem,

(a) Si veritati locus dandus, vix ſine criſi quid tutè dixeris. *Struv.* deducit ex quaſi delicto: At nil extorquetur ab invito, cùm tamen delicta tam verè, quàm quaſi talia contra invitum committantur; volenti quippe non fit injuria. *l.* 1. *§.* 3 *& ſeqq. ff. de injur.* Imò quaſi delicta fundantur in culpa præſumpta; accipiens econtrà eſt in vero dolo, adeóque potiùs deberet reduci ad verum delictum. Sed & hoc durum videtur, cùm admixtum habeat actum honeſtum; datio namque eſt actus innocens. Ad quaſi contractum reducere, æquè periculoſum eſt. Non equidem, uti in aliis acceptionibus, cum fundamento in re fingi, vel præſumi poteſt conſenſus reſtituendi in eo, qui accepit, quia nihil minùs, quàm hoc cogitare præſumitur. Ut has criſes evadat *Hub. h. t.* dativam facit. Verùm neque hoc arridet; cùm dativæ tunc competant, quando inter actorem & reum nullum factum proportionatum, ſeu ad actionem producendam ordinatum intervenit; ita ut lex ex mera æquitate ſuccurrere debeat. In noſtra hypotheſi intervenit datio & acceptio. Pro neutra intercedimus, quippe in effectu nihil intereſt, cùm ejus prædicata ſint certa, conſtétque, eſſe rei perſecutoriam ad- & in hæredes tranſitoriam. Eſto de reliquo videatur irregularis. Nec etiam opus ſit, ut in quaſi contractu intercedat conſenſus præſumptus; cùm ſæpiùs ſit fictus, ſeu à lege introductus.

Digitized by Google

pem, ſive injuſtam reſpectu accipientis tantùm talem, repetimus. Adſcribuntur eidem eadem prædicata, quæ aliis condictionibus. Competit danti, & hæredibus contra accipientem, ejúsque hæredes: Debet tamen probari aliquid datum eſſe ob cauſam turpem, ſeu injuſtam ex parte ſolius accipientis talem, *l. 1. §. ult. l. 2. per tot. l. 4. §. 2. ff. de condict. ob turp. vel injuſt. cauſ. Voët. ibid. n. 1.* Eſt autem cauſa ex parte accipientis tantùm turpis, ſi aliquid accipiat, ut faciat id, quod aliàs deberet facere, vel, ut omittat id, quod aliàs deberet omittere, veluti, ſi Titio darem centum, ut rem depoſitam ſuo domino reſtituat, ut die feſto Miſſam audiat, ut furtum, homicidium omittat, *d. l. 2. pr. & §. 1. ff. eod.* hæc enim aliunde, & ſine mercede facere, vel omittere debet; idcirco, prout dans ex optimo fine ad dandum movetur, ita alterum turpiter accipere, res ipſa ſequitur. Quòdſi cauſa ſit turpis ex parte utriusque dantis ſcilicet & accipientis, ceſſat repetitio, *l. 3. l. 4. pr. & §. 1. ff. d. t.* Tenetur nihilominus accipiens, antequam exequatur delictum, acceptum reddere, quia illud nullo jure, & ſine cauſa retinet. Dixi: *antequam delictum exequatur*, quamvis enim pactum prævium non valuerit, nulláque exinde orta fuerit obligatio, *§. 24. de inut. ſtipul. l. 6. C. de pact.* unde Iſidorus in *c. 5. cauſ. 22. q. 4. In malis promiſſis reſcinde fidem: in turpi voto muta decretum, quod incautè voviſti, ne facias; impia enim eſt promiſſio, quæ ſcelere adimpletur.* Attamen delicto jam perpetrato non tantùm poteſt delinquens retinere, quod accepit, ſed etiam nondum ſolutum exigere, quia alteri præſtitit id, quod promiſit, adeóque ſubintrat obligatio juſtitiæ commutativæ, quæ non ampliùs tendit ad rem illicitam, aliàs enim neque puella, quæ ſpe matrimonii promiſſi uſum corporis conceſſit, matrimonium petere poſſet, quod eſt contra *cap. 1. & 2. de adult.* Nec quidquam refragatur, quòd peccatum non ſit pretio æſtimabile, vel, quòd nemo debeat ex ſuo delicto reportare commodum; quia neque ſolvitur propter peccatum, ſed propter obſequium præſtitum, quod de ſe erat pretio æſtimabile, neque ſentit commodum immediatè ex delicto, ſed tantùm per accidens; ſicut ille, qui in fundo alieno venatur, feræ dominium nanciſcitur. Minùs obſtat dictum Papiniani in *l. 123. ff. de V. O. Si flagitii*, inquit, *faciendi VEL FACTI CAUSA concepta ſit ſtipulatio, ab initio non valet.* Loquitur enim JCtus de caſu, quo promiſſio delictum ſubſequitur, quæ haud dubiè eſt inutilis, cùm delictum peractum promiſſor approbet: ille autem, qui petit, delicto jam commiſſo, illud non approbat, imò etiam ſummopere quandoque deteſtatur, uti patet in poſito caſu de puella; quia tamen hìc & nunc factum infectum fieri nequit, juſtè, quod accepit, retinet, juſtéque (ſi

ſibi

ſibi conſultum videat) etiam per actionem petit. Major ſcrupulus tibi moveri poterit ex *d. l. 1. §. ult. in fin. de cond. ob turp. cauſ.* ibi: *quòd ſi turpis cauſa accipientis fuerit*, *ETIAMSI RES SECUTA SIT*, *repeti poteſt.* Verùm ſermo eſt ibi de cauſa turpi ex parte accipientis tantùm, ibi enim, facto etiam ſecuto, tam retentio, quàm petitio ſemper manet turpis: quod non verificatur in noſtra hypotheſi. (a) Inde fluit, illud non poſſe repeti, quod meretrici propter obtentum uſum corporis datum eſt, quia turpiter facit, quòd ſit meretrix, non autem turpiter petit (præſertim, ubi lupanaria ſunt permiſſa) cùm ſit meretrix. Ita Ulpianus in *d. l. 4. §. 3. ff. de condict. ob turp. vel injuſt. cauſ.* (b)

Rogas, quæ ſit inter turpem, & injuſtam cauſam diſcrepantia? Etſi multi confundant, ſi tamen preſsè loqui placuerit, turpe illud dicendum, quod involvit ſpecialem malitiam abſtrahendo deinde, num ſit contra juſtitiam, vel contra alias virtutes; Cauſa verò injuſta immediatè tendit contra juſtitiam. (c) Hac condictione repetimus fructus à malæ fidei poſſeſſore conſumptos, *l. 3. C. de condict. ex leg.* Item, quod ex coacta ſtipulatione ſolvimus, vid. *l. 6. & 7. ff. de condict. ob turp. cauſ.* Intellige, ſi ſtipulatio tantùm, non item numeratio metu fuerit extorta, ſi enim tam ſtipulatio, quàm numeratio metu fuerit extorta, competit actio, quod

(a) *At cur non & hic jure retinet, cùm jam fecerit, vel cur non juſtè petet?* Quia ſemper manet ratio, quòd anteà fuerit adſtrictus ad faciendum vel omittendum. Accedit, quòd hic conditio dantis, qui planè non deliquit, ſemper ſit melior, & alterius, qui turpiter accepit, ſemper deterior.

(b) Graviùs mox ſuprà dictis obſtare videtur *l. 5. C. de condict. ob turp. cauſ.* ubi mercalem uxorem habenti, utì accepti reſtitutio non injungitur; ita etiam exactio nondum ſoluti denegatur, in verbis: *& cauta quantitatis ob turpem cauſam exactioni locum non eſſe.* Cave, rogo, ne huic textui nimiùm fidas: probè inſpice, & facilè perſpicies, vagari extra Rhombum. Nos verſamur in caſu, ubi factum turpe (utì hic uſus eſſet corporis uxoris venalis) jam fuit perpetratum. Textus verò ſolummodo ſupponit præceſſiſſe conventionem de venali uxore pro certo pretio, non autem actum ſecutum; Hinc optimè (utì & nos facimus) negant Impp. exactionem utpote ex ſtipulatione contra bonos mores oriundam, in verbis: *tamen ex hujusmodi ſtipulatione interpoſita &c.* quo faciunt text. à nobis allegati in *d. §. 24. de inut. ſtipul. & l. 6. C. de pact.* Actu quippe ſecuto non ex ſtipulatu, ſed ex contractu innominato experitur, qui factum turpe præſtitit. Accedit, quòd in *d. l. 5.* agatur de lenocinio, in quo maximè verſatur bonum publicum. *arg. l. 18. C. de transact.*

(c) Adeóque turpe latiùs patet, quia omnibus virtutibus contrariatur. v. g. caſtitati, religioni &c. Nec gratìs *in Cod.* duæ rubricæ: *de condict. ob turp. cauſ. & de condict. ex injuſt. cauſ.* conceptæ ſunt. Neque dicas: cauſa injuſta utique turpis eſt. Nam hoc quidem verum eſt. Sed non viciſſim, ſi injuſtum preſsè & ſpecificè ſumatur. Deinde condictio ob turpem cauſam pactum exigit de facto futuro; ob injuſtam verò cauſam obtinet, quamvis nil tale præceſſerit. *arg. l. 3. C. de condict. ex leg.*

Digitized by Google

quod metûs causâ, *l. 9. §. 3. juncta l. 12. §. ult. ff. quod met. cauſ. Nood. ibid. verſ. ait Prætor.* Conſul. tamen Thom. *ubi ſupra n. 1. Voët. d. l. n. 4.*

Ultima demum acceptio huc reducibilis eſt ACCEPTIO, ſeu po- 19
tiùs RETENTIO SINE CAUSA, *quæ eſt quaſi contractus, quo is, qui rem ſine ulla cauſa, ſeu titulo tenet, ex diſpoſitione juris, æquitate naturali ſubnixa, cenſetur ſe obligare ad illam reſtituendam, ſi apparuerit nullam ſubeſſe cauſam,* ſiquidem neque naturalis æquitas, neque juris authoritas permittit, ut res apud aliquem ſine ulla cauſa remaneant, *arg. l. 32. ff. de R. C.* Ex hac obligatione naſcitur *Condictio ſine cauſa,* quæ eſt actio perſonalis, qua rem penès alterum ſine cauſa exiſtentem repetimus. Et hæc condictio eſt generalis, concurrens cum aliis condictionibus; quod enim poſſum repetere condictione indebiti, causâ datâ, causâ non ſecutâ, vel ob turpem cauſam, poſſum etiam hac condictione conſequi, *arg. l. 1. pr. & §§. ſeqq. ff. de cond. ſin. cauſ.* quia in his omnibus caſibus alter ſine cauſa rem detinet; quandoque tamen ſola ſuppetit, & quidem toties, quoties cauſa ab initio ſubfuit, ſed poſtea reſolvitur. Pone, me Sempronio donâſſe centum mortis causâ, ſed appoſita conditione, ut, ſi reconvaleſcam, reſtituat, hic alia condictio, quam ſine cauſa vix excogitari poterit: (a) Alius notabilis caſus habetur in *l. 2. ff. d. t.* Supereſſent quidem aliæ condictionum ſpecies, ſed quia huc commodè referri haud poſſunt, dabitur alibi opportunior agendi locus: Hoc unicum itaque circa condictiones in genere interim notamus, quòd omnes (ſi furtivam excipias) competant non domino contra dominum; condicere enim eſt, dominium ab alio avocare, quod anteà penès nos fuit, ubi videndum, an fuerit translatum ex cauſa, quæ ſubeſſe falsò putabatur, & competit *Condictio indebiti,* vel ob cauſam honeſtam futuram poſtea non ſecutam, & adeſt *condictio causâ datâ causâ non ſecutâ,* vel ob turpem cauſam, & ad

(a) Objici hic poſſet. Etiam in dato caſu datur intuitu ſecuturæ mortis, adeóque ob cauſam futuram, conſequenter hoc exemplum non quadrat. Imò nos ipſi *ad tit. de donat. n. 12.* doctrinam Pauli in *l. 35. §. 3. ff. de M. C. D.* ſecuti condictionem *cauſ. dat. non ſecut.* indulſimus. Si ejusmodi criſes fierent, non ægrè ferrem. Nec diſplicerent. Lubentiſſimè patiar, ut exemplum iſtud, ſi non placet, expungatur; quamvis, ita monente particula VIX, condictionem *cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* abſolutè non negaverim. Pariformiter lapſus videtur *Voët. ff. de condict. ſine cauſ. n. 2.* ubi ſimiliter docet, non dari alii condictioni locum, quàm ſine cauſa, ſi datum ſit chirographum ſpe futuræ numerationis, & numeratio non ſit ſecuta. Juvat ſocios habere. Imò re penitiùs inſpecta nondum videtur actum de noſtra hic opinione, cùm condictio *cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* propriè tunc obtineat, quando datum eſt principaliter, ut alter aliquid viciſſim det, aut faciat. Jam in donatione *M. C.* non intenditur primario viciſſitudinaria datio, vel factum; ſed potiùs actus liberalitatis ſub conditione reſolutiva, morte non ſecuta, exercitus. Hinc textus notanter habet, *QUASI re non ſecuta.*

Digitized by Google

ad manus eſt *Condictio ob turpem cauſam*, vel ob cauſam, quæ ſubfuit, & poſtea reſolvitur, aut ceſſat ſubeſſe, & adeſt *Condictio ſine cauſa*, vel quandoque militat ſpecialis æquitas (ſive præceſſerit, ſive non præceſſerit dominii translatio) quæ mihi, ſuffragante ſpeciali lege, rem adjudicat, & locus erit *Condictioni ex lege*, ſeu ſcripta, ſeu non ſcripta, quæ eſt condictio ex moribus, uti patet in pacto nudo, vel ex variis aliis cauſarum figuris, & erit *Conditio Triticaria*, de quibus *in lib. 4. ad tit. 6.* recurret mentio.

TITULUS XXIX.

Per quas Perſonas nobis obligatio acquiritur.

POſſe quem acquirere vel per ſe, vel per alios, ſi rectè memineris, diximus in *Lib. 2. tit. 9. per tot.* Quemadmodum igitur Imperator ibi, poſtquam de variis acquirendi dominii modis tractaverat, ad perſonas, per quas dominium acquirere poſſumus, deſcendit, ita & hic, ubi, de modis inducendi obligationes, actum ſatis, credidit, ad ipſas perſonas, per quas obligationes nanciſci poſſumus, tranſitum facit. Quoniam autem per easdem ipſas perſonas, per quas dominium acquirimus, pariter & obligationes, ſeu jus ad rem adipiſci nos poſſe, extra dubium ſit, ſiétque clarum, ſi hos duos titulos conferre placuerit, ne actum agamus, illuc nos remittimus, viſuri, quid præſeferat.

TITULUS XXX.

Quibus modis tollitur obligatio.

1 RAtio hic à Juſtiniano, vel potiùs ejus compilatore Triboniano exigi poſſet, cur de modis tollendi obligationes tractare decreverit, antequam alteram obligationum matrem, à qua non pauciores obligationum ſpecies generantur, nempe facta illicita, ſeu delicta, aggreſſus fuerit? Duplex in promptu eſt, quam ſubminiſtrat *Hub. b. n. 1.* Prima, quòd modi, quibus tollitur obligatio, longè frequentiores ſint in contractibus, quàm in delictis. Altera, quòd hi modi ſint voluntarii omnes, partìmque conſenſu, uti ipſæ pactiones, perficiantur, quòd de delictis dici haud poteſt; veluti igitur hactenus egerat, de modis inducendi obligationes voluntarias, ita, filô methodi non abruptô, de modis

Digitized by Google

dis tollendi obligationes, ſimiliter voluntariis, tractare maluit. Tolluntur autem obligationes, vel ipſo jure, vel medio exceptionis, de hoc ſuo loco. Ipſo jure ſolvitur obligatio quatuor modis. Solutione, Acceptilatione, Novatione, & mutuo, ſeu contrario Conſenſu.

SOLUTIO, quæ etſi in genere omnes modos obligationes tollendi ambitu ſuo comprehendat, *l. 54. ff. de ſolut. l. 176. ff. de V. S.* in ſpecie tamen, uti hic conſideratur, definiri poteſt, quòd ſit *Naturalis*, ſeu phyſica præſtatio ejus, quod debetur, *l. 49. ff. de ſolut.* Dicitur *Naturalis Præſtatio*, per quod differt ab omnibus aliis modis tollendi obligationes, videlicet à compenſatione, quæ eſt phyſico-moralis ſolutio debiti: ab Acceptilatione, vel Novatione ubi nullo modo res ipſa debita phyſicè præſtatur, ùt patebit ex mox dicendis. Solvere autem debet & poteſt, debitor habens liberam rerum ſuarum adminiſtrationem (unde non pupillus, nec huic ſimiles, *arg. l. 14. §. fin. ff. d. t.*) vel alius ejus (quamvis inviti) (a) nomine, *princ. Inſt. h.* Solvitur creditori ſimiliter habenti liberam rerum ſuarum adminiſtrationem, adeóque rurſus non pupillo, niſi accedat authoritas tutoris cum decreto Magiſtratûs, *§. 2. quib. alien. lic. vel non, & nos ibid. num. 1.* Quid, ſi creditor acceptare ſolutionem debitè, videlicet juxta *l. 38. ff. de ſolut.* factam nolit, eíve ſolvi non poſſit, cùm ſit abſens? Poterit debitor illam obſignare, & apud Judicem deponere, atque ita liberari, *vid. l. 9. C. eod. l. 41. §. 1. ff. de uſur. Voët. ubi ſupra*, id eſt, *de ſolut. n. 28. & 29.* (b) 2

Ut ſolutio legitimè præſtetur, debet (I.) fieri in re debita, quia aliud pro alio invito creditori obtrudi non debet, *l. 2. §. 1. ff. de R. C.* hic tamen notabile eſt, quòd, ſi quis decem in certa materia, v. g. melle ſtipu- 3

(a) Nec obſtat, quòd invito non detur beneficium. *l. 69. ff. de R. J.* Nam ſolutio non tam reſpicit favorem debitoris, quàm creditoris. Imò ſi effectum conſiderari placuerit, & animum benefacientis, dubitari vix poſſit, etiam invito fieri beneficium. vid. deſuper Seneca *3. de benef. 12. & 5. eod. 20.* nec non *6. ibid. 7. & 8.* Neque obſtat *l. 6. ff. in fin. de dol. mal. & met. except.* Quia loquitur de alio planè caſu, ubi nimirum debitor ſolvit non ipſi creditori, ſed creditori ipſius creditoris; & non quæritur, num debitor, íſque reſpectu ſolventis creditor, liberetur, quod certum eſt. *d. princ. h.* ſed an ſolvens reſpectu ſui creditoris alteri ſolvendo liberetur? Quod meritò negatur. *l. 12. C. de ſolut.* Quid enim, ſi meus creditor contra ſuum creditorem, cui illo invito ſolvi, haberet exceptionem? Cur hic eſſe debebo ipſo jure abſolutus?

(b) Num ſola oblatione debitor liberetur? Non aliter liberatur, quàm ſi poſtea res debita ſine culpa debitoris perierit; quo caſu dabitur ſolvere volenti exceptio quamvis antea interpellatus non ſolverit, & hinc moram commiſerit, quia oblatio ſolutionis poſtea facta priorem moram purgat. *l. 72. pr. ff. de ſolut.* juncta *l. 73. §. fin. l. 15. ff. de V. O.* Imo ipſe fur oblatione facta à rei periculo liberatur *l. 8 ff. de condict. furt.* Cæterùm depoſitio judicialis & totalis ipſo jure, & pleniſſimè liberat. *d. l. 41. §. 1. de uſur. d. l. 9. C. de ſolut.*

Digitized by Google

pulanti promittit, ſit in electione tam debitoris, tum creditoris, num decem, num mel ſolvere velit, debitoris quidem ante, creditoris verò poſt litem conteſtatam. *l. 57. ff. de ſolut.* Quòdſi res debita haberi non poſſit, ſolvenda eſt ejus æſtimatio, *vid. l. 22. ff. de R. C.* & *l. 3. §. 3. ff. de A. E. V.* Quid, ſi pecunia deficiat? Danda eſt in ſolutum res alia, ut creditori ſatisfiat, *nov. 4. c. 3.* (II.) Debet totum ſolvi: invito enim creditori partiales ſolutiones (regulariter) fieri non poſſe; notavimus ſupra *tit. 15. §. 1. n. 4. circa fin.* Ratio datur in *l. 3. ff. fam. erciſc.* quia ſæpè ſolutio partium non minima incommoda habet. *Addat Huber. h. n. 3.* Neque obſtat *l. 21. ff. de R. C.* ubi actor cogitur partem debiti accipere; loquitur enim de caſu, ubi pars altera erat illiquida, ut explicat latiùs *Vinn. h. ad §. 1. num. 5.* (III.) Ob cauſam, ex qua debetur, aliàs debitorem non liberat, quia actus agentium non operantur ultra intentionem, *l. 19. ff. de R. C.* Quid, ſi ex pluribus cauſis quis debeat, & aliquid ſolvat, non adjectâ causâ, ex qua ſolvit? Eſt quidem in arbitrio debitoris ab initio rei ſuæ, ſive ſolutioni legem dicere, ſi tamen non dixit, tranſit in arbitrium creditoris, pro qua cauſa velit accipere, ita tamen, ut agere debeat, quà bonus vir, & pro illa accipere, propter quam ipſe ſolveret, (adeóque pro duriori, quæ fortè uſuras annexas habet) ſi deberet, uti æquiſſimè monet Ulpianus in *l. 1. & 3. ff. de ſolut.* Quem uſum hæc habere poſſint, exemplis declarat *Hub. ff. d. t. n. 4.* Addat. *Voët. ibid. n. 16.* (a) (IV.) Debito loco, ubi nimirum fuit conventum, ſi nihil conventum fuerit in loco, ubi debitor forum ſortitur, vel, ſi ſpecies debeatur, ubi ſine culpa debitoris exiſtit, *l. 38. ff. de jud.* Limita, ſi ex delicto, quid debeatur; nam ibi facienda eſt ſolutio, in loco creditoris, qui indemnis ſervandus eſt. (V.) Debito tempore, de quo nimirum fuit conventum; Quòdſi de ſolutionis tempore nihil memoratum fuerit, poteſt debi-

(a) In dubio igitur ſolutio accipitur in uſuras, & poſtea primùm in ſortem. *l. 1. C. d. t.* vid. *l. 5. §. pen. & ult. l. 6. ff. eod.* Si plures ſint cauſæ, in illam ad quam tempore ſolutionis poterat compelli. *l. 103. ff. d. t.* Si ad omnes potuerit compelli, in duriorem. *l. 3. pr. l. 4. l. 5. pr. ff. d. t.* Poſt hunc ordinem potiùs in cauſam propriam, quàm alienam. *d. l. 1. l. 4. l. 97. ff. eod.* Cæteris paribus, in cauſam antiquiorem. *d. l. 97.* Si cauſæ omnino ſint æquales in omnes ſummas ſolutio pro rata accipienda. *l. 8. d. t.* Nec caret hæc res effectu. Pone A. & B. debere C. 1000. pro diviſo, & utrumque dediſſe fidejuſſores, vel pignora: A ſuccedit ipſi B. ſolvitque 500. non exprimendo, num ſuum, num defuncti debitum expunctum velit. Pro rata ſolviſſe intelligitur; quapropter fidejuſſores utriusque (idem de pignoribus) pro rata manent obſtricti. Pari modo, ſi ſolutio facta ſit ei, qui exactionem ad 100. nomine proprio habebat, & ad alia 100. nomine procuratorio, nec debitor expreſſerit, ex qua cauſa ſolvat, accipiens in ſuum potiùs, quàm alienum debitum accipere cenſendus eſt. *arg. d. l. 97. d. t.*

Digitized by Google

bitor exſpectare, usque dum fuerit interpellatus, *l. 10. C. de pig.* Quamvis enim in obligationibus indefinitè contractis præſenti die debeatur, *l. 14. ff. de R. J.* hoc tamen intelligitur in actu, ut ajunt, primo, non ſecundo, niſi alter urgeat; ideo enim debitor indefinitè ſe obligâſſe cenſetur, ne teneatur actu ſolvere, niſi alter petat, qui tamen non ſtatim cum ſacco venire debet, *vid. l. 105. ff. de ſolut.* & dicta ſuperiùs *tit. 14. §. 3. n. 42.* His porrò in ſolvendo obſervatis, non tantùm obligatio principalis, ſed etiam acceſſoria, v. g. pignoratitia, vel fidejuſſoria extinguitur, *princ. Inſt. h. l. 43. ff. de ſolut.*

ACCEPTILATIO definitur à Modeſtino in *l. 1. ff. de accept.* quòd ſit *Liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu ſolutio.* Verùm, quia *mutua* interrogatione non eſt opus, meliùs dices, quòd ſit *Actus, quo debitori interroganti obligatio verbalis à creditore per ſubſequentem reſponſionem remittitur.* Unde advertis imprimis, per acceptilationem non poſſe aliam obligationem extingui, quàm verbis contractam: Advertis deinde, debere fieri per ſtipulationem. Ratio horum eſt, quia res eo modo diſſolvitur, quo colligata eſt, *l. 35. ff. de R. J.* Idcirco obligatio, re contracta, non poteſt ſtatim & immediatè verbis tantùm, quamvis ſolemnibus, tolli, ſed aliis ambagibus opus eſt. Hinc Acceptilatio 4

Alia eſt Simplex, alia Aquiliana. *Prior* jam fuit definita, quâ nempe obligatio ex ſtipulatu orta verbis tollitur. *Poſterior*, qua etiam alia obligatio, puta, re contracta, priùs per novationem in obligationem verbalem transfuſa tollitur, *§. 2. h.* Exemplô res fiet clarior. Debeo tibi centum ex mutuo. Hæc obligatio, utpote re contracta, non continuò verbis poteſt diſſolvi, ſed debet priùs mutari in obligationem verbalem hoc modo: *Visne, ut illa centum, quæ tibi debeo ex mutuo, debeam ex ſtipulatu*, & Tu reſpondeas: *Volo.* Hæc eſt novatio, qua mutatur obligatio realis in verbalem. Poſtea poterit ſequi acceptilatio, ſi rurſus ad te dicam. *Habésne pro acceptis illa centum, quæ tibi debeo ex ſtipulatu*, & Tu reſpondeas: *Habeo.* Eſt Romanorum ſubtilitas: Uſu noſtro, veluti poſt alios teſtatur *Hopp. ad cit. §. h.* ſufficit indiſtinctè nudum pactum remiſſorium: Si dicam, ich laſſe dir die Schuld nach, vel, ich will diſe Schuld für empfangen haben. Num verò hôc nudô pactô obligatio ipſo jure tollatur, nobis nondum certum eſt, dum ad ea reflectimus, quæ habet *Cocc. ff. de pact. quæſt. 17. & 18.* Idcirco dicta *de obligat. part. 2. ſect. 1. n. 24. in not.* non abſolutè noſtra facimus. Poteſt autem in acceptis referre, qui habet liberam rerum ſuarum adminiſtrationem, prout naturam acceptilationis conſideranti patebit.

Digitized by Google

5 NOVATIO in genere definiri poteſt, quòd ſit *Unius obligationis in aliam, mediante ſtipulatione, facta transfuſio, l. 1. ff. de novat.* Eſt autem Alia Novatio in ſpecie, alia Delegatio. Illa eſt, quando, manente eâdem perſonâ debitoris, tantùm mutatur obligatio, ceu patet ex ſuperiori exemplo. Habes alium caſum practicum. Pone, me tibi debere centum ex locato conducto ſimpliciter (id eſt, ſine uſuris) cùm autem modò ſolvere non poſſim, ex te quæro, num velis ea poſt annum ex mutuo cum uſuris habere, Túque reſpondeas: Volo, erit Novatio. Delegatio eſt, quando mutatur ſimul perſona debitoris, v. g. Debeo tibi centum ex mutuo: Tu Cajo pariter centum (ex quacunque demum cauſa) rogas me, vel mandas, ut illa centum, quæ tibi debeo, Cajo ſolvam, Cajus interrogat, num velim illa ſolvere: interroganti promitto: Delegatio eſt. Ita, ut obligatio inter me & te extincta, nova tamen inter me, & Cajum orta ſit: per quod maximè differt à ceſſione eine Anweiſung. Nam in ceſſione nullum inter me & te, vel etiam inter me & Cajum intervenit negotium, aut opus eſt ſtipulatione, ſed ſimpliciter inter te & Cajum, cui me utpote tibi debitorem, cedis, & ille pro ſuo debitore me etiam ignorantem, vel invitum acceptat, tota res agitur, geritúrque: Hinc eſt, quòd obligatio, qua tibi obſtrictus ſum, non tollatur ipſo jure, ſed adhuc maneat arg. eorum, quæ diximus ad *tit. de empt. vend. n. 4.* Inde ulteriùs (I.) fluit, quòd in ceſſione non requiratur, ſicut in delegatione, conſenſus debitoris ceſſi, cui perinde eſſe debet (ſaltem regulariter) num huic, vel illi ſolvat. Unde pariter (II.) conſectaneum eſt, poſſe etiam delegari, qui ante non erat debitor, non item cedi. Item (III.) quòd exceptiones, quæ obſtabant deleganti, non etiam obſtent ei, cui alter delegatus eſt, benè verò ceſſionario, ſibi enim imputet delegatus, quòd exceptiones ſibi non reſervaverit. *Hopp. h. ad d. §. 3. verſ. Interventu.* Maximam etiam delegatio ſimilitudinem habet cum expromiſſione, quâ quis alienam obligationem novandi animo (adeóque medio ſtipulationis) ita in ſe ſuſcipit, ut prior debitor non ampliùs maneat obligatus, ſed ipſo jure ſit liberatus; Differt tamen in eo, quòd in delegatione requiratur conſenſus debitoris delegantis, à qua originem ducit, non item in expromiſſione, quæ eô invitô fieri poteſt, obtinet enim vim ſolutionis, *l. 37. §. 4. ff. de oper. libert.* uti igitur poſſumus pro invito ſolvere, ita & expromittere, *l. 8. §. fin. ff. de novat.* Cæterùm novari poteſt, quævis obligatio ſive naturalis, ſive civilis, & in aliam obligationem tum naturalem, tum civilem transfundi, vid. *l. 1. §. 1. ff. de novat.* dummodo conſtet expreſsè de animo novandi, ùt vult nova deciſio Juſtinianea in *l. ult. C. d. t.* & ex ea deſumptus *§. 3. h. Vinn. ibid. n. 6.*

Mu-

Digitized by Google

MUTUUS CONSENSUS tollit etiam obligationem nudo conſenſu initam, *§. fin. h.* Ratio rurſus habetur in *l. 35. ff. de R. J. Nihil tam naturale eſt*, inquit Ulpianus, *quàm eo genere quidve diſſolvi, quo colligatum eſt; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi conſenſûs obligatio contrario conſenſu diſſolvitur.* Hic indignabundus infers: Ergo nudô pactô (quid enim eſt aliud nudus conſenſus?) tollitur obligatio contra *§. 3. de except.* & dicta à nobis ſuperiùs *de oblig. p. 2. §. 2. num. 23.* Sed motos compone fluctus! Negamus in datis caſibus eſſe nudum pactum: cùm ſuppeditet conſenſus legibus roboratus, qui transgreditur jam limites nudi pacti; ſiquidem aliud eſt mutuo conſenſu diſcedere ab emptione, aliud pretium conventum nudè remittere: ibi tollitur contractus, & cum eo etiam actio; hic manet, conſequenter de jure ſtricto adhucdum durat actio per exceptionem elidibilis. Ex his colliges, contractus conſenſuales contrario conſenſu diſſolvi, ſuppoſito, quòd res ſit integra, id eſt, quòd nulla ſit ſecuta traditio, *d. §. fin.* ibi: *re nondum ſecuta, neque pretio tradito.* Alterutro itaque interveniente opus eſt reſtitutione, ſeu, ut ea, quæ poſita ſunt, retro agantur. Reliqui modi extinguendi obligationem, quales ſunt Compenſatio, Confuſio &c. remittuntur ad Pandectas. Nobis ſeriem abrumpit. 6

Digitized by Google

INSTITUTIONUM,

SEU

ELEMENTORUM

D. Juſtiniani Sacratiſſimi Principis

LIBER IV.

TITULUS I.

De obligationibus, quæ ex delicto naſcuntur.

QUm *ſit expoſitum* (provehimur curru, curſúque Juſtinianeo) *Superiore Libro de Obligationibus ex Contractu, & quaſi ex Contractu, ſequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quaſi ex maleficio diſpiciamus. Sed illæ quidem, ut ſuo loco* (vid. §. 2. de oblig.) *tradimus, in quatuor genera dividuntur, hæ verò unius ſunt generis, nam omnes ex re naſcuntur, id eſt, ex ipſo maleficio.* Vult dicere, priores obligationes aut Re, aut Verbis, aut Literis, aut Nudo conſenſu contrahuntur. Hæ verò omnes ex Re, id eſt, ex ipſo facto illicito naſcuntur *l. 4. ff. de O. & A.* Nec enim furtum (& ſic de aliis delictis) nudo conſenſu, vel literis committitur, ſed ipſa actuali contrectatione opus eſt. Ita Ulpianus in *l. 52. §. 19. ff. de furt.* ibi: *Neque verbô, neque ſcripturâ quis furtum facit; hoc enim jure utimur, ut furtum ſine contrectatione non fiat.* Similiter ad injuriam requiritur actualis contumelia, *l. 27. §. 2. ff.* de

Digitized by Google

de paſt. licèt dein illa contumelia etiam verbis, vel literis (quæ non, ùt cauſa productiva, ſed, ùt modus conſiderantur) inferri poſſit, *l. 1. ſ. 1. l. 5. ſ. 9. ff. de injur.* Hinc eſt, quòd omnis actio, quæ ex maleficio deſcendit, ex facto eſſe dicatur in *l. 25. ſ. 1. ff. de O. & A.* Ad rem quoque facit notabilis textus *in l. 225. ff. de V. S.* Facta igitur hic, & quidem illicita, ad fidem noſtram, quam *Libr. priori tit. de oblig. in princ.* dedimus, liberandam, in diſcuſſionem veniunt. Nuncupantur alio nomine *Delicta* à delinquendo, ſeu derelinquendo appellata, nam, quid aliud facit delinquens, quàm legem, vel ea, quæ lege præcepta, aut prohibita ſunt, derelinquit, ſeu contemptim habet, velut clariùs ex ſequentibus apparebit? Item *Maleficia*, quæ tamen actibus fraudulentis magis quàm audacibus applicantur. *Flagitia*, quæ preſſiùs ſumpta, actus turpiores indicant. *Crimina*, quæ gravioribus ſceleribus propria ſunt. Quoquo tamen appellites modo, nihil intereſt, *l. 131. ff. de V. S.* Cæterùm Imperator noſter de delictis in genere nihil in hoc titulo tractandum ſuſcepit, ſed ſtatim ad eorum ſpecies animum convertit, quia tamen generica notitia ſummè utilis, imò neceſſaria viſa nobis fuit, placuit illam ſuccinctè prælibare; unde ſit

§. I.

Præmittuntur Generalia de Delictis.

1 Delictum in genere aptè ad noſtrum forum definîes, quòd ſit *Libera, & exteriùs ſenſibilis transgreſſio legis Divinæ, vel humanæ.* Dixi: *Libera:* id eſt, delinquenti voluntaria, *nam maleficia voluntas, & propoſitum* (ſi non ſemper formale, ſaltem virtuale) *delinquentis diſtinguit*, ſunt verba Pauli in *l. 53. pr. ff. de furt.* cenſetur autem voluntarium, non tantùm, ſi directè delictum intendatur, ſed etiam indirectè, quod fieri intelligitur, ſi intendatur id, ex quo immediatè, & per ſe delictum ſequitur, vel, dum actum periculoſum ponens, potuiſſet, vel debuiſſet prævidere damnum futurum; ùt, ſi exploderem bombardam in ſylva, ubi tam homines, quàm feræ vagantur. *Gletle Juriſpr. Terrib. Tom. 1. p. 1. c. un. ſ. 2. n. 1.* Dixi: *Exteriùs ſenſibilis:* ſiquidem *cogitationis pœnam* (in foro civili) *nemo patitur*, ùt ait Ulpianus *l. 18. ff. de pœn.* Conſiderationem fori interni Theologis, penès quos omne dictum, factum, vel CONCUPITUM, delictum eſt, *arg. Matth. 5. v. 28.* relinquimus. Dixi: *Transgreſſio Legis Divinæ, vel humanæ:* in hac quippe conſiſtit principale conſtitutivum delictorum, quatenus hac mediante receditur à voluntate utriusque Legislatoris tum Divini, cùm humani.

Digitized by Google

2 Alia (I.) ſunt delicta verè, Alia quaſi Talia: de his *infra tit. 4.* Verè talia ſunt, quæ committuntur dolô, vel culpâ verâ. Neque enim aſſentiri poſſumus Thomaſio, qui tam in *Philoſ. Jur. §. 43. tum in ſcholiis ad Hub. Inſt. de L. Aq. n. 3.* conatur defendere culpam, etſi veram, tantùm conſtituere delictum quaſi tale: Equidem hæc doctrina videtur nimis apertè repugnare principiis tum Triboniani, tum aliorum JCtorum, qui damnum injuriâ datum, ſeu Legis Aquiliæ, quod certè, veluti patet ab exemplis ad hanc materiam enumeratis, frequentiùs (vel ad minimum ita frequenter) culpâ, quàm dolô committitur, indiſtinctè ad delicta verè talia reducunt. Ille in *pr. Inſt. h.* Ulpianus in *l. 5. §. 1. ff. ad L. Aquil.* & Gajus in *l. 4. ff. de O. & A.* quorum authoritas major nobis eſſe debet, quàm nuda Thomaſii aſſertio, nulla ſolida ratione, vel textu prægnante, fundata. Hinc eſto regula contra Thomaſium: Culpa propria fundat verum delictum (excipe imperitiam Judicis, ex ratione infrà ſuo loco occurſura) culpa verò aliena, ſed interpretatione juris alteri imputata, quaſi delictum. (a) Delicta verè talia rurſus

Alia

(a) Audio hic tumultuariè cum Thomaſ. regerentes: ubi uſpiam vel Tribonianus, vel Ulpianus, vel Gajus, vel quiscunque alius JCtus docuit, damnum ex L. Aquiliæ, ſeu injuria datum, eſſe verum delictum, ſi culpâ tantùm illatum ſit? Sed ubi uſpiam (edicant cum ſuo Thomaſio) exceperunt laudatiſſimi JCti Tribonianus & reliqui damnum ex L. Aquilia à vero delicto, caſu quo tantùm culpâ fuit illatum? Profectò noſtra opinio eſt, & manet tamdiu in poſſeſſione, donec probetur exceptio, cùm cit. JCti generaliter, & ſine diſtinctione afferant, damnum injuriâ datum ſpectare ad vera delicta. Deinde, quòd ad verum delictum conſtituendum ſufficiat culpa vera, nec opus ſit dolò, oſtenditur luculenter *TUM ex §. 3. de L. Aquil.* ibi: *ſi modò culpa ejus nulla inveniatur; nam alioqui NON MINUS EX DOLO, QUAM EX CULPA quisque hac lege tenetur.* Ergo æqualiter, & unus altero non minùs, conſequenter ex vero delicto uterque teneatur, oportet. Quid, quòd omnes textus *à d. §. 3.* usque *ad 9.* ſolius culpæ exempla ad hoc delictum explicandum afferantur, quod incongruè fieret, niſi utrinque eſſet idem delictum. TUM ex *§. 1. de oblig. quæ quaſ. ex del. naſ.* qui ſic habet: *Ideò NON PROPRIE EX MALEFICIO* obligatus intelligitur (is ex cujus cœnaculo effuſum eſt) *QUIA PLERUMQUE OB ALTERIUS CULPAM TENETUR* aut ſervi, aut liberi. Ergo ſi ex propria culpa teneretur, ex maleficio foret obſtrictus. Tum etiam ex *§. 3. d. t.* ubi de Exercitore navis, caupone vel ſtabuli ita Tribonianus argumentatus: *Cùm enim neque ex maleficio, neque ex contractu ſit adverſùs eum conſtituta hic actio & ALIQUATENUS culpæ reus eſt, quòd opera malorum hominum uteretur, ideo quaſi ex maleficio teneri videtur.* Quid, ſodes! ſibi verbulum ALIQUATENUS, niſi *quodammodo*, ſeu *quaſi*, quæ improprietatem ſignificant, velle, dicendum eſt? Nònne eò certiùs inferendum erit: ſi veræ culpæ, & non tantùm ALIQUATENUS reus eſſet, teneri eum de vero delicto, quo evidentius eſt, hos textus ex profeſſo agere de delictis verè & quaſi talibus? Verùm hi textus vel vix non diſſimulantur, vel iis adæquatè non reſpondetur. Ajunt quidem, argumentum noſtrum à contrario deſumptum, & diſtinctionem inter culpam propriam & alienam apertè juri

repu-

Alia ſunt (II.) *Publica*, in quibus primariò attenditur læſio Reipublicæ; de quibus *tit. ult. bujus lib.* Alia *Privata*, in quibus potiſſimùm reſpicitur læſio privatorum, quibus damnum datum fuit. Ulteriùs

Alia (III.) *Eccleſiaſtica*, quorum nimirum diſcuſſio ad Judicem Eccleſiaſticum ſpectat, ùt Hæreſis, Simonia. Alia *Sæcularia*, quorum cognitio ad Judicem ſæcularem pertinet, veluti crimen læſæ Majeſtatis, Homicidium, Furtum &c. Alia *Mixta*, ſeu mixti fori, quorum diſceptatio utrique Judici, tum Eccleſiaſtico, tum ſæculari competit, ùt eſt Sodomia, *c. 4. de exceſſ. Prælat. l. 31. ff. ad L. Jul. Maj.* Blaſphemia, Inceſtus, Uſuraria pravitas, Adulterium. Denuò

Alia (IV.) *Nominata*, quæ videlicet in jure certum nomen ſortita ſunt, uti furtum, rapina: *Innominata*, quæ tale nomen non habent, ſeu, quæ ſi licet dicere, baptizari nequeunt, vocantúrque generali nomine à ſtellione animali, ùt ajunt, homini infenſiſſimo *Stellionatus*, quô auditô, ſcio quidem improbitatem eſſe commiſſam, ſed talem, quæ ad certum determinatum delictum v. g. furtum, aut rapinam &c. reduci nequit. Hujus criminis ſe reum facit (I.) qui rem alienam pignori dat, *l. 16. §. 1. ff. de pig. act. l. 2. C. de crim. ſtell.* (II.) qui æs oppignorat pro auro, *l. 1. §. f. l. 36. pr. ff. de pig. act.* (III.) qui rem uni jam obligatam alteri, diſſimulata priori obligatione, in ſolidum obligat, vel diſtrahit; talis equidem præter furtum, quod reſpectu creditoris committit, ita intellige, *l. 66. pr. ff. de furt.* etiam ſtellionatum incurrit in ordine ad eum, cui rem illam diſtraxit, *vid. l. 3. §. 1. ff. ſtellion.* & dicenda infra *num. 10.* Oritur ex hoc delicto actio in factum, veluti in judiciis privatis Actio de do-

repugnare, dum nec nos admittere poſſumus, culpam veram ſemper facere verum delictum; ceu patet in Judice malè adjudicante ex imperitia. Imò, tam qui periculosè ſuſpenſum patitur, quàm inhabitator in effuſo; vel ejecto veræ culpæ eſt reus, & nihilominus manent quaſi delicta. Hic vehementer ſubſiſto, imò non ſubſiſto, hanc explicationem è diametro juri, & præſertim textibus ſupra allegatis repugnare, qui unanimiter dicunt, in his maleficiis (excepto Judice, de quo ſuo loco) non intercedere culpam inhabitantis vel exercitoris. jungat. *l. 5. §. pen. & ult. ff. de O & A.* Deinde tranſmittamus etiam, ſubeſſe in iis veram culpam? Non utique inferre licebit, Actorem, qui actione effuſi, vel ejecti, ſeu periculosè ſuſpenſi experitur, ſe in illa fundare, vel eam allegare multò minùs probare debere? Sanè malè ageretur cum læſis, ſi illis, dum agunt ex quaſi delicto, injungeretur probatio veræ culpæ reſpectu inhabitantium, qui non rarò probare poſſent, ſe juſiſſe, ut periculosè ſuſpenſum amoveatur; inhibuiſſe, ne quid effundatur, vel ejiciatur. Inde ſatis conſtat, hæc quaſi delicta fundari in culpa præſumpta, ſeu potiùs ficta, aut imputata. Imò nulla fit mentio culpæ ſed ſufficit, quòd effuſum &c. probetur *l. 1. §. 4. & fin. l. 2 & ſeqq. ff. de his, qui effud.* Si quis enim velit agere ex vera culpa effundentis, ſive inhabitator fuerit ſive alius, non agit ex hoc quaſi delicto, ſed ex L. Aquil. *arg. d. l. 1. §. 4. §. 13.* In

Digitized by Google

remotioris influxûs, ſeu concurſûs determinandâ, ùt paſſim docent Criminaliſtæ. Cauſa Efficiens Moralis eſt, qui non realiter, ſed tantùm ex morali hominum exiſtimatione in delictum influit. Talis eſt (I.) Qui mandat, *l. 15. ff. ad L. Jul. de ſic. l. 1. §. 12. ff. de vi, & vi arm.* vel (II.) Qui delictum ſuo nomine ab alio commiſſum ratihabet, *d. l. 1. §. 14. ff. de vi, & vi arm.* (III.) Qui jubet, *l. 37. ff. ad L. Aquil.* (IV.) Qui conſilium dat, vel alterum ad delinquendum inſtigat, *l. 36. & l. 52. §. 21. ff. de furt. l. 12. ff. ad L. Jul. de Adult.* (a) (V.) Qui delictum non impedivit, cùm debuiſſet impedire, *l. 3. §. fin. l. 6. §. 8. ff. de re milit.* Dixi: *Debuiſſet*, quales ſunt, qui ex juſtitia tenentur, v. g. ſervus, miles, qui Dominum, Ducémque defendere debent, adeò, ut, ſi homicidium, cùm potuiſſent, non impediêrint, ipſimet homicidii rei habeantur, *citt. texx.* Ita intellige *cap. 6. verſ. Illi &c. de homicid.* ibi Pontifex: *Qui potuit hominem liberare à morte, & non liberavit, occidit.* Secùs, ſi tantùm ex charitate ad defenſionem quis eſſet obſtrictus, nec, cùm potuerit, defendiſſet, hìc enim pœna erit levior, *arg. l. 2. ff. ad L. Pomp. de parricid.* Sed quid de Mandante, vel Ratihabente, aut Jubente dicendum? Quòd puniendus ſit, ſicut ipſe delinquens, veluti patet ex *citt. ſup. texx.* quibus jungi poteſt *l. 5. C. de Accuſ.* Quamvis de Ratihabente, utpote, qui anteà in delictum non influit, dubitare liceat. (b) Quid de Conſulente? Puniendũ eſſe ambigere non ſinunt *d. l. 36. & 52. §. 21. ff. de furt. d. l. 12. ff. ad L. Jul. de Adult.* vix tamen pœnâ ordinariâ, niſi delinquentem circa modum inſtruxerit *(Hopp. ad §. 11. b.)* &, ſi non ſit delictum ſterile, de delicto participaverit, *arg. l. 50. §. 3. ff. de furt. & l. 20. ff. de his, qui not. inf. mox Laud. Hopp. ibid. Uſ. Hod.* quidquid de rigore, *arg. l. 1. §. 13. ff. ad SC. Turpill.* dici queat, puniri poterit. Illud lubentiùs contra Magnif. P. Schmier *Juriſprud. Can. Civil. lib. 5. c. 2. ſect. 2. n. 65.* dabimus, conſulentem poſſe puniri, eſto conſilium revocaverit: poſtquam enim ille, cui conſilium dedit, jam moraliter motus eſt ad delinquendum, non eſt ampliùs in conſulentis poteſtate, moralem illum in-

(a) Jungat *l. 1. §. 13. ff. ad SC. Turpill* & temperamentum ex *c. 6. §. qui verò. de homicid.*

(b) Eò quòd (ita *Voët. ff ad L. Cor. de ſic. n. 3*) regula de ratihabitione mandato æquiparanda ad privata tantùm judicia, non publicas criminum accuſationes pertinere videatur; ſiquidem in his delicti perpetrati tempus ſpectatur *l. 1. ff. de pœn.* tempore autem delicti nullum factum criminoſum reſpectu ratihabentis, velut ſupponitur, ſubfuit. Sanè ſi non ſufficit ratihabitio in ordine ad infamiam irrogandam, ceu apertè conſtat ex *l. 13. pr. ff. de his, qui not. inf.* multò minùs ſufficiet ad pœnam ultimi ſupplicii infligendam. His tam obſtat graviſſimè, & è diametro, *c. pen. de ſent. excomm. in 6.* ubi ratihabens incurrit pœnam excommunicationis latæ ſententiæ. Non officit *d. l. 13.* quia reſpicit initium nuptiarum *l. 1. ff. d. t. de his, qui not. inf.* deinde filius non contraxit nuptias nomine ſui patris. Elige!

Digitized by Google

influxum revocare. Non obeſt paritas de mandante, qui, ſi revocet mandatum, & delictum, revocatione non obſtante, fuerit patratum, non ampliùs poteſt puniri (pœnâ ordinariâ) ùt communiter docent: Nam mandatum reſpicit commodum mandantis, conſequenter manet illi liberum, mandatum revocare, ita, ut, ſi alter ad delictum pergat, non ampliùs mandantis, ſed proprio nomine delinquat. Conſilium econtra reſpicit commodum illius, cui datur, qui moraliter ad malum jam diſpoſitus, non tam facilè à propoſito amoveri poteſt, vid. de his omnibus diſtinctiùs *Laud. Gletle d. l. §. 3. à n. 7. usque ad 13.* Nobis videndum,

Quinam poſſint delinquere? Eſto Regula: Omnis & ſolus homo, qui doli capax eſt. Eſt autem doli capax, qui uſu rationis eſt præditus, unde delicti pronunciantur expertes. (I.) Infantes, & Furioſi (idem de mente captis) in *l. 60. ff. de R. V.* Ille enim conſilii innocentiâ defenditur, alter facti infelicitate excuſatur, *l. 12. ff. ad L. Cor. de ſic.* Limita circa hunc, ſi tempore lucidi intervalli facto illicito ſe obſtrinxerit, *vid. l. 14. ff. de offic. præſ.* (a) II. Dormientes, qui, cùm non intelligant, quod agunt, infantibus æquiparantur, in *l. 1. §. 3. ff. de A. v. A. P.* Limita rurſus, ſi ante ſomnum cauſam dederit, vel ſciverit, ſe in ſomno eſſe turbulentum. (III.) Ebrii ebrietate perfecta, hæc quippe uſu rationis ſpoliat, *cap. 14. de vit. & honeſt. Cler.* nec malitiâ, ſed impetu delinquunt, *l. 11. §. 2. ff. de pœn.* Limita pariter: ſi quis vel ſtudiô ſe inebriaverit, ut audaciùs in ſcelus rueret, vel ſciverit Bacchi ſpolia (ita diſſerit Gletle *ubi ſup. n. 33.*) aut maceratæ Cereris exuvias, Marti, irataque Junoni ſacras eſſe, utpote, qui non ignorat, quo ruere ſoleat, vino vectus. Jungatur Voët. *ff. de injur. n. 1.* Hæc certa ſunt. Jam 4

Rogitas (I.) num impubes poſſit delinquere? Negandum, ſi ſit infantiæ proximus, quia in eam ætatem dolus non cadit, ait Paulus in *l. 22. ff. ad L. Cor. de falſ.* Affirmandum, ſi ſit pubertati proximus, *l. 14. ff. de SCto Silan. l. 4. §. 26. ff. de dol. mal. & met. except.* Ratio diverſitatis eſt, quia in illo dolus non præſumitur, benè verò in iſto. Eſto tamen utraque præſumptio *juris tantùm*, quæ admittit probationem in contrarium, non juris, & de jure: Unde multum tribuendum arbitrio Judicis, ita tamen, ut in dubio poſt decimum & ſeſqui annum (nullâ in delictis habitâ differentiâ ſexûs, *Conſt. Car. art. 146.*) cùm ſint pubertati

pro-

(a) Quo caſu eſto recidat in furorem, puniri poſſe volunt. *d. l. 14.* ibi: *nec morbo ejus eſſe dandam veniam.* Sed durum eſt, cùm furioſus habeatur pro abſente *l. 124. §. 2. ff. de R. J.* abſens verò non poteſt puniri *l. 5. ff. de pœn. l. 47. ff. de re jud.* lex 14. verò intelligi poterit, ſi furor hic & nunc ceſſaverit.

proximi, dolus præſumatur, ſecundùm dicta *de jur. perſ. n. 5.* Interim tamen pœnâ ordinariâ in ejusmodi perſonis vix, ac ne vix quidem animadverti poterit, cùm *ferè in omnibus pœnalibus judiciis, & ætati, & imprudentiæ ſuccurratur*, ùt notat Paulus in *l. 108. ff. de R. J. jungat. tit. Carolin. ubi ſupra.* Utrùm verò etiam intuitu Minorennitatis pœna ſit mitiganda? opportunè

Rogitas (II.) Paucis mentem noſtram damus. Eſto probabile ſit de rigore juris, minorem ætatem, nullatenus in delictis excuſare, *l. 1. & 2. C. ſi adverſ. delict. l. 7. C. de pœn. l. 6. C. ad L. Cor. de ſic.* in quibus textibus generaliter dicitur, minorennem ætatem in delictis non excuſare. Longè tamen probabilior, & æquior nobis videtur etiam intuitu minorennitatis, pœnam regulariter eſſe mitigandam, dum certum videtur, minores infirmiori judicio, quàm majores regi, adeóque ex juvenili magis calore, vel imbecillitate, quàm perfectam malitiam in ſcelus irruiſſe præſumendum eſt. Inde fluit, quòd JC. in *l. 16. §. 3. ff. de pœn.* ſalubriter moneat, in impoſitione pœnarum ætatis rationem eſſe habendam. Non obſtant textus ſuperiùs allegati, nam vel loquuntur de reſtitutione in integrum, quæ haud dubiè minoribus delinquentibus denegatur: vel, quòd intuitu ætatis non prorſus detur excuſatio, ſeu immunitas: non item, quòd pœna ordinaria regulariter locum habeat. Repetii: *Regulariter*: ſi enim ex circumſtantiis appareat, minorennem ob frequentiam actuum jam eſſe habituatum, ut nulla ſpes emendationis affulgeat, ſed eadem, quæ in majoribus malitia eluceat, à pœna etiam ordinaria ejusmodi nebulonem excuſatum nolumus: Et ita capimus Triphonium in *l. 16. §. 1. verſ. ſed ut ad Legis Juliæ. ff. de min.* Leviora ſunt, quæ diſputari ſolent, utrùm Prodigus, Iratus, aut Amans delinquere poſſint, dum, ùt ajunt, Prodigalitas cum furore exæquatur, in *l. 6. ff. de V. O. l. 40. ff. de R. J.* Sed hoc intelligendum in ordine ad adminiſtrationem bonorum. Ira quoque brevis furor dicitur, non tamen abſolutè eidem æquiparari poteſt. Amor ſimiliter non rarò pari paſſu cum amentia ambulat, juxta illud:

Vix amens & amans bina hæc vocabula diſtant,
Horum ſed diſtant ſignificata minùs.

eùmque reprimere, Imperator noſter in *nov. 74. c. 4.* perfectæ cenſet eſſe Philoſophiæ, vix tamen dices, Amantem propriè Amentem eſſe, quapropter iſthæc omnia, eſto uſum rationis obfuſcare, non tamen ita ſupprimere poſſe, creduntur, ut ejusmodi perſonæ non intelligant, id, quod hic & nunc agunt, repugnare legibus, adeóque eſſe illicitum. Quando-

doque tamen ob juſtam iracundiæ cauſam, qua prædominante delinquens moderamen inculpatæ tutelæ exceſſit, pœna erit moderanda, *cùm juſtum dolorem temperare difficillimum* videatur ipſi D. Pio apud Papinianum in *l. 38. §. 8. ad L. Jul. de adult.* jungatur *l. 4. C. eod.*

Subjectum Delicti dici poſſunt ii, contra quos delictum committitur: Delictô autem læditur DEUS T. O. M. tum in ſe, tum in ſuis Cœlitibus, uti fit per blasphemiam, ſacrilegium: Læditur Reſpublica, veluti contingit per crimen læſæ Majeſtatis, per vim publicam: Læditur & privatus, videlicet per furtum, rapinam &c. quamvis in læſione etiam privati contineatur, mediatè ſaltem, læſio tam Reipublicæ, quàm ſimul Divini Numinis, hoc ipſo, quòd delinquendo leges tum Divinæ, tum humanæ offendantur, atque contra finem ab utroque Legislatore intentum agatur. Cæterùm delictô lædi poteſt omnis homo, ſive ſit doli capax, ſive non, quia non, ſicut ad committendum, ita ad patiendum delictum, dolus requiritur, *arg. l. 3. §. 1. & 2. ff. de injur.* ſive dein vivus ſit, ſive mortuus, *arg. l. 1. §. 4. ff. d. t.* An etiam contra ſe ipſum poſſit quis delinquere? Quid dubitas? Nónne, qui ſe ipſum occidit, DEI, qui vitæ, necíſque Dominus eſt, jura invadit? Nónne Rempublicam cive, ſive membro privat? Nónne peccat contra ordinatam charitatem, quæ à ſe ipſo incipit? 5

Objectum delicti ſunt bona, circa quæ delicta verſantur, verſantur autem vel circa bona *Animi*, ùt, ſi Libertas per injuſtam ſervitutem adimatur, vel per raptum minuatur, aut Ratio per pocula amatoria obfuſcetur, virtutes per malos mores corrumpantur, fama verbis, vel factis injurioſis lædatur: vel circa bona *Corporis* per mutilationes, per vulnera, homicidia: vel *Fortunæ* per furta, rapinas. 6

Forma conſiſtit in requiſitis, quæ elucent ex definitione: (a) hoc unicum ſupereſt, 7

Num conatus pœnâ ordinariâ ſit afficiendus? Diſtingue, ídque nega in delictis levioribus, *arg. l. 3. ff. de his, qui not. infam.* ubi, qui operas ad artem ludicram locavit, nondum tamen prodiit, non ſit infamis, addita ratione, *quia non eſt ea res adeò turpis*, ut etiam conſilium puniri debeat. Huc etiam facit *l. 21. §. 7. ff. de furt. & l. 19. pr. ff. ad L. Cor. de falſ.* Affirma, ſi ſit crimen atrox, ſuppoſito, quòd lex, vel ſtatutum

(a) Præterea, notes, velim, ad delictum non præcisè requiri, ut quis habeat animum directè alterum lædendi, ſed ſufficere, ſi exerceat, ſeu ponat actionem periculo damni obnoxiam absque ſufficienti præcautione, pone explodendo bombardam in loco publicè commeantium. Plures caſus invenies in *l. 13 pr. & §. 4. ff. loc. l. 5. fin. l. 29. §. 7. l. 45. & 52. §. 1. ff. ad L. Aquil.* Et alibi ad illum *tit.* paſſim.

nominatim de conatu expreſſam mentionem faciat, & conatus ad actum ſecundum ita pervenerit, ut ex parte delinquentis nihil deſit, vel deſiderari poſſit: puta, alterum lethaliter vulnerâſti, venenum ſufficiens porrexiſti, ſed læſus operâ Æſculapii mortem evaſit, hic obtinebit pœna ordinaria. Si verò, lege, vel ſtatuto conatus non ſit notatus, vel ſit, ſed non pervenerit ad actum ſecundum: Pone: Aggreſſus es Titium animô occidendi, ſed iſte validè ſe defendit; vel præparâſti, atque propinâſti venenum, ſed non in ſufficienti quantitate, hîs caſibûs non habebit locum pœna ordinaria, cùm ex parte delinquentis aliquid plus, nimirum major in rixando dexteritas, vel vis veneni deſiderari poſſit. Nec obſtat, quòd in *l. 1. pr. & §. 1. l. 3. pr & §. 1. ff. l. 7. C. ad L. Cor. de ſic. l. 5. C ad L. Jul. Maj.* & aliis concordantibus in terminis dicatur, ſufficere ſolum animum, ſeu dolum (intellige tamen, facto quodam manifeſtatum) nec requiri, ut actus ſecutus ſit: Audiatur vel ſolum effatum D. Hadriani apud Calliſtratum in *l. 14. ff. ad L. Cor. de ſic.* ibi: *D. Hadrianus in hæc verba reſcripſit: In maleficiis VOLUNTAS, non exitus.* Item in *d. l. 1. in fin. ad L. Pomp. de parric.* ibi: *Et præterea, qui emit venenum, ut patri daret, QUAMVIS NON POTUERIT dare*: Nam, ſi ejusmodi textus datam reſponſionem, quòd voluntas ad actum ultimum ex parte delinquentis debuerit perveniſſe, licèt poſtea per accidens effectus non ſit ſecutus, reſpuant, dicendum erit, eſſe per contrariam conſuetudinem, eámque generalem abrogatos, utì teſtatur Carpz. *pract. crim. p. 1, quæſt. 17. n. 6. & ſeqq.* quò vide.

8 Effectus Delictorum eſt idem, qui in Contractibus videlicet Proximus, & Remotus. Proximus eſt obligatio tum ad ſuſtinendam pœnam delicto præſtitutam, tum ad damnum læſo reparandum. Remotus eſt Actio, tam criminalis, quàm civilis: Ex omni quippe delicto agi poteſt, tum civiliter, id eſt, in commodum privatum ipſius læſi, tum criminaliter ſcilicet in favorem Reipublicæ ad pœnam corporis afflictivam, vel ad pecuniam Fiſco ſolvendam; utì colligitur ex *l. ult. ff. de priv. delict. & l. ult. ff. de furt. Voët. ff. de priv. delict. n. 2.* Quid, ſi agatur ad privationem dignitatis, ſeu officii? Regulariter reputandum erit judicium criminale. *Carpz. d. l. p. 3. quæſt. 102. n. 36.* quia ex ejusmodi remotione Actor nil commodi conſequitur, niſi fortè ageret, ut illa dignitas, ſeu officium ſibi applicetur. Refert autem ſcire, num agatur criminaliter, num civiliter: Nam (I.) cauſæ criminales plerumque habent alium Judicem. (II.) Admittunt quæſtionem, *l. 1. ff. de quæſt.* (III.) Probationes exactiores deſiderant, *l. ult. C. de probat.* Econtra (IV.) reſpuunt Procuratores, *l. pen. §. 1. ff. an per al. cauſ. app. redd. poſſ.* Aut etiam re-

regulariter (V.) fidejuſſores, *l. 22. C. de pœn.* atque inſuper (VI.) hodie Appellationem: quæ omnia aliter ſe habent in judicio civili. Gletle *loc. ſup. cit. §. 7. n. 3.*

9 Contraria Delictorum ſunt modi, quibus extinguuntur. Extinguuntur autem (I.) Redditione pœnæ, puta, ſi Reus voluntati legis, vel Judicis ſatisfecerit, quatenus, uti in civilibus, ita in criminalibus, etſi mitiùs punitus fuerit, authoritate rei judicatæ defenditur, *arg. l. 56. §. 1. ff. de furt.* Quod procedit etiam, ſi Judex per ſordes (a) ſententiam dixerit, quia valet *l. 65. §. 2. ff. ad SC. Treb.* conſequenter hoc ipſo tranſit in rem judicatam. Memoratus Auth. *ibid. §. 8. n. 3.* Extinguuntur (II.) Abſolutione judiciali rurſus ob authoritatem rei judicatæ, quæ pro veritate habetur, *l. 25. ff. de prob.* Limitatur, ſi fortè novus accuſator ſuam, ſuorúmque injuriam proſequatur, in *l. 7. §. 2. ff. de Accuſ.* Cæterùm Aſſertio procedit, etſi abſolutus ſit, non ob patentem innocentiam, ſeu ab ipſo crimine, ſed etiam ob defectum probationum tantùm, ùt vocant, ab inſtantia. Abſolutio enim fuit abſoluta, & illimitata; conſequenter (aliter Practici) cenſetur eſſe talis tam ab inſtantia, quàm à crimine. Extinguuntur (III.) morte delinquentis, *l. ult. ff. ad L. Jul. Maj.* Rationem ſubminiſtrat Paulus in *l. 20. ff. de pœn. quoniam pœna conſtituitur in emendationem hominum, quæ mortuo eo, in quem conſtitui videtur, definit.* Excipiuntur ab hac regula crimina atrociora, in quibus, ùt ſuo loco videbitur, pœna, præſertim confiſcationis, etiam hæredes afficit, vel ſaltem cadaveri denegatur ſepultura Eccleſiaſtica, vid. *DD. Franz b. §. 11. n. 57.* Extinguuntur (IV.) lapſu temporis, ſeu Præſcriptione. Quemadmodum enim actiones, ne lites evaderent immortales, certos vivendi terminos obtinuêre, ita etiam crimina, ne delinquentes ad meliorem frugem reverſi in perpetuo accuſationis timore vivere cogerentur, fatales ſuas habent periodos, & veluti Actiones, 30. annorum ſilentio regulariter evaneſcunt, *l. 3. C. de præſc. 30. vel 40. ann.* ita accuſationes intra viginti annorum ſpatium non inſtitutæ exſpirant: Uti ex Divorum Principum reſcriptis refert Marcianus in *l. 3. ff. de requir. vel abſent. cond.* ibi: *Quamcunque enim quæſtionem apud Fiſcum, ſi non alia ſit præſcriptio, viginti annorum ſilentio præſcribi Divi Principes voluerunt.* Et habetur in *l. 12. C. ad L. Cor.*

(a) Quid hoc? ais. Sententia per ſordes lata eſt ipſo jure nulla, *l. 7. C. quand. appell. non eſt neceſſ.* qui ergo tranſibit in rem judicatam, vel reum abſolvet? Si per ſordes intelligis, quando Judex pecuniâ corruptus ſententiam tulit, benè arguis: Si verò per ſordes intelligatur, quando Judex ſententiam dixit per ambitionem, ſeu gratiam, contemptum, aut vilipendium legum, fruſtra nobis indignaris. Cùm hæc motiva non reddant ſententiam nullam, *arg. cit. l. 56. §. 1. ff. ad SC. Treb.* juvat igitur motos componere fluctus.

Digitized by Google

Cor. de fal. quæ ſic ſonat: *Querela falſi temporalibus præſcriptionibus non excluditur, niſi viginti annorum exceptione, ſicut cætera quoque ferè crimina.* Adeſt, ùt haud dubiè advertes, in utroque textu quædam limitatio, & quidem in priori: *SI NON ALIA ſit præſcriptio* in poſteriori, *cætera FERE.* Ad indicandum dari crimina, quæ non vicennio, ſed breviori tempore extinguuntur, ùt ſunt (I.) *Adulterium*, cujus accuſatio tollitur, vel quinquennio ad corripiendum Adulterum, vel ſex menſibus ad Adulteram concutiendam, *vid. l. 29. §. 5. & ſeqq. l. 31. ff. ad L. Jul. de Adult.* Ita quidem, ut intra duos menſes accuſare poſſit maritus, vel pater jure maritali, aut patrio, aliiſque præferri, per quatuor alios menſes verò cuilibet accuſandi competat facultas, *l. 2. §. penult. & ult. l. 4. §. 1. & 2. ff. d. t.* Jure novo ſola præſcriptio quinquennalis accuſationem adulterii excludit, *l. 28. C. eod.* Idem dicendum de reliquis criminibus carnis, quæ Lege Julia vindicantur, *d. l. 29. §. 6. ff. ad Leg. Jul. de adult.* Hinc ſunt (II.) Stuprum, Lenocinium, quæ ſimiliter quinquennio diluuntur, *d. l. 29. §. 6.* Nec non (III.) crimen Peculatûs, *l. 7. ff. ad Leg. Jul. pecul.* Num autem dentur crimina, quæ ultra vicennii metam caput adhuc plectendum exigant, ſub Judice lis eſt. Et quamvis negativa theoricè videatur probabilior, ob datas ſuperiùs rationes, & ea, quæ habet Gletle *ubi ſupra n. 14.* uſu tamen vidimus practicari contrarium. Huc referunt PARRICIDIUM, *l. ult. ff. ad L. Pomp. de parricid.* crimen SUPPOSITI PARTUS, *l. 19. §. 1. ff. ad L. Cor. de fal.* APOSTASIA, *l. 4. C. de Apoſt.* (a) Extinguuntur denique (V.) Reſtitutione, ſeu indulgentiâ Principis reum à pœna, quam promeritus eſt, plenariè abſolventis: Dixi: *quam promeritus eſt*, ſi enim ideo abſolvatur, quia fuit innocens inventus, non tam reſtitutio, quàm declaratio, non tam indulgentia, quàm attributio ejus, quod ex juſtitia debetur, dicenda eſt. Satis de Delictis in genere. Occurrunt nobis Delicta in ſpecie, quorum noſtri fori ſunt quatuor, Furtum, Rapina, Damnum injuriâ datum, & injuria in ſpecie. Duo priora patrantur lucri gratiâ. Duo poſteriora ſine lucro, & ideo dicuntur ſterilia. Illorum primum examinabit

§. II.

(a) In confeſſo tamen eſt, dari quoſdam caſus, ubi crimina (qualiacunque demum) ſe extendere poſſunt ultra viginti annos, ita ut delinquens poſſit adhuc pœna debita mulctari. Et quidem (I.) ſi cauſa à priori Nuntiatore, ſeu Accuſatore prodita dicatur. (II.) Si inſcriptio in crimen facta, & reus adnotatus fuerit; niſi ab ipſa inſcriptione novum vicennium ſit præterlapſum. vid. *l. 1. §. pen. & ult. ff. de jur. Fiſc. l. 2. §. 1. l. 4. ff. de requir. vel abſent. condem.* (III.) Si crimen medio exceptionis opponatur, cùm etiam in criminalibus nota ſit regula: quæ ad agendum ſunt temporalia, ad excipiendum ſunt perpetua. *arg. l. 5. & 6. C. de except.*

Digitized by Google

§. II.
De Furtis.

FURTUM, quod juxta mentem Triboniani in *§. 2. h.* vel à furvo, id est, à nigro, quòd clam, & obſcurè fiat, ac plerumque nocte, vel à fraude, vel (quod veriùs videtur) à ferendo, id eſt, auferendo, vel à græco ſermone, quòd φῶρας appellant fures, dictum volunt, definitur in *§. 1. eod.* quòd ſit Contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratiâ, vel ipſius rei, vel etiam uſûs ejus, poſſeſſionisve, quod lege naturali prohibitum eſt, admittere. Dicitur: *Contrectatio*, id eſt, corporalis rei apprehenſio, ſeu ablatio, nec enim ſola cogitatio furti faciendi furem facit, inquit Paulus in *l. 1. §. 1. ff. de furt.* Inde quoque ſequitur, *eum, qui depoſitum abnegat, non ſtatim furti teneri, ſed ita, ſi intercipi[illegible] causâ occultaverit.* Sunt verba ejùsdem JCti in *d. l. 1. §. 2. d. t.* cui conſonat Celſus in *l. 67. eod.* opus igitur eſt actuali motione, ſeu ablatione, uti eleganti exemplo docet Alfenus in *l. 57. ff. d. t.* Talis interverſio quoque intelligitur, ſi lucrandi animo alterius ſcripturam deleverit, *l. 41. §. 1. ff. ad L. Aquil.* Neque officit, quòd in dato caſu furtum committi dicatur, in *l. 27. §. ult. ff. de furt.* quamvis amotio non interceſſerit. Nam, licet non adſit amotio ipſius chartæ, adeſt tamen amotio ipſius ſcripturæ. Dicitur: *fraudulosa*, ſiquidem ceſſante fraude, ſeu dolo, ceſſat furtum, cùm animus delicta diſtinguat, *l. 53. pr. ff. d. t.* unde, qui probabiliter credit, dominum non eſſe invitum, vel rem pro derelicta eſſe habitam, furti non tenetur, *l. 43. §. 10. ff. d. t.* quoniam furtum ſine affectu furandi non committitur, *§. 7. h.* Dicitur: *lucri faciendi gratiâ.* Hic quippè furis debet eſſe finis, *d. l. 1. §. 3.* Si quis igitur meretricem libidinis causâ rapuerit, de qua vid. *l. 39.* junctâ tamen *l. 82. §. 2. ff. d. t. Gletle. d. p. 2. §. 5. n. 11. Thomaſ. integ. Diſſ. de furt. Ancill.* quæ ad calcem Inſt. Huberi annexa eſt, vel contumeliæ, aut etiam joci gratiâ rem abſtulerit (idem, ſi deteriorem fecerit, *vid. l. 41. §. 1. ff. ad L. Aquil.* vel fructibus maturis veſcatur, *Deuter. 23. verſ. 24.*) furtum non facit, *d. l. 53. ff. eod.* Verùm ſubclamitas, quale lucrum ſentit, qui rem alienam alteri gratis commodatò tradit; & nihilominus ex mox dicendis furtum committit? *Species lucri eſt* (reponit Gajus in *l. 54. §. 1. ff. de furt*) *ex alieno largiri, & beneficii debitorem ſibi acquirere*, unde & is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alteri donet. Pergis, nondum contentus: quid lucri, ais, percipitur ex ſacco cum pecunia ſubrepto, cujus intuitu nihilominus furtum committitur, *l. 77. ff. de furt.*? Hoc, quòd pecunia

 faci-

dolo. Sed, num hæc actio in factum infamet? Negat Ulpianus in *l. 2. ff. d. t. Stellionatus*, inſit, *judicium famoſum quidem non eſt, ſed coërcitionem extraordinariam* (id eſt arbitrio Judicis determinandam) *habet*. Et verum eſt, ſi concurrat cum actione non famoſa, v. g. pignoratitia. Affirmat idem JCtus in *l. 13. §. fin. ff. de his, qui not. inf.* his verbis: *Crimen ſtellionatûs infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non eſt judicium.* Rurſus benè, ſi cum actione famoſa, puta doli concurrat. De ſe igitur, & in regula, quam ſuadet *d. l. 2. ff. ſtellion.* non infamat, ſed tantùm, ſi concurrit cum actione famoſa, quod erit exceptio à regula. Iterum

Alia (V.) *Notoria*, quæ ita manifeſta ſunt, ut nulla tergiverſatione negari poſſint, fortè, quòd Reus jam fuerit confeſſus, vel deſuper, præviis aliis legitimis probationibus, jam lata ſententia (quæ vocatur notoreitas *Juris*) vel quod fuerit coram tot hominibus, fortè in loco publico patratum, ut ſine impudentia negari non poſſit (quæ vocatur notoreitas *Facti*) Alia non *Notoria*, de quo non ita conſtat. Utilitas diviſionis in eo conſiſtit, quòd in delictis notoriis Judex ordini Juris non ita ſit alligatus, ſed ſine aliis probationibus procedere valeat, *c. 10. de filiis Presb. c. 3. de teſtib. cog. Gletle l. cit. n. 5.* Ulteriùs.

Alia ſunt (VI.) *Excepta*, quæ videlicet non continentur ſub generali legis diſpoſitione, ùt eſt crimen læſæ Majeſtatis, in quo contra communes juris regulas puniuntur etiam hæredes, ſeu filii delinquentis, *l. 5. C. ad L. Jul. Maj.* Alia *non Excepta*, quæ ſub generali regula comprehenduntur, ùt ſunt pleraque delicta.

Alia ſunt præterea (VII.) *Gravia*, & quidem, vel *de ſe*, quando nimirum DEUS, homo, vel Reſpublica graviter læditur, *vel per accidens*, ſeu

Inſt. de L. Aq. & l. 31. ff. eod. Idem dicendum de periculosè ſuſpenſo, ſi ceciderit *d. l. 1. §. 3. de his, qui effud. junct. l. 5. §. 12. eod.* quaſi actio de periculosè ſuſpenſo non ſufficiat. Porrò, utì non ignoramus, cauſam veri delicti leviorem eſſe, ſi culpa patretur, quàm ſi dolo, ceu luculenter innuit Gajus in *l. 32 in fin. pr. ff. ad L. Aquil.* ibi: *præſertim cùm interdum levior ſit hæc cauſa DELICTI, veluti ſi culpa, & non dolo damnum daretur* (Nota DELICTUM vocat *ſimpliciter* non *quaſi*) ita etiam perſpectum habemus, ad alia delicta opus eſſe dolo, & tantùm damus textibus contrariis, quales ſunt. *§. 1. de obl. quæ ex delict.* junct. *§. 7. & pen. eod. l. 46. §. 7. l. 53. pr. ff. de furt.* Hinc etiam eſt, quod omnes actiones ex aliis delictis infament; *§. 2. de pæn. tem. litig. l. 4. §. fin. de his, qui not. inf.* non item actio L. Aquiliæ, eſto dolus intervenerit. *arg. l. pen. ff. ad L. Aquil.* Et hoc vix alia ex cauſa, quàm quia, etiamſi ſit verum delictum, jura tamen noluerunt facere famoſum, cùm plerumque hoc maleficium culpa tantùm committatur. Accedit, quòd textus mox allegati non loquantur taxativè, ſed in ſpecie de certis delictis: quòd autem animus delicta diſtinguat; ùt habetur in *d. l. 53. pr. ff. de furt.* verum quidem eſt; ſed nondum probatur diſtinctivum OMNIUM delictorum eſſe animum. *L. 1. C. ad L. Cor. de ſic.* loquitur de crimine capitali, ubi haud dubiè dolus requiritur.

ſeu ex circumſtantiis *Perſonæ*, tum inferentis, ſi ſit abjecta, tum patientis, ſi ſit in dignitate conſtituta, *Loci*, *Temporis*, *Modi &c.* vid. *l. 16. §. 1. & ſeqq. ff. de pœn.* Deſumenda quidem foret ſaltem extrinſecè, delicti gravitas tanquam à priori ab intentione, Legiſlatoris prohibentis, quia tamen iſta non facilè conſtare poterit, niſi à poſteriori, recurrendum erit ad pœnam, ita, ut ex gravitate, vel levitate pœnæ, quæ quandoque, vel ob frequentiam, vel propenſionem, etiam in delictis de ſe levioribus, major dictari debet, gravitas, vel levitas delicti menſuranda ſit. Unde prodit aliud diviſionis membrum, quòd alia ſint *Levia*, ubi ſcilicet, neque adeſt læſio de ſe, neque ex circumſtantiis aggravantibus notabilis. Alias diviſiones tradit, & traditas hucusque ſub incudem vocat, *Ludov. in Theſ. Jur. ff. de delict. privat. n. 12. 17. & 20.* (a)

Cauſa Efficiens Delictorum alia eſt Phyſica, alia Moralis. Phyſica dicitur ille, qui verè, & realiter in delictum influit, ſeu concurrit, 3
quod rurſus fieri poteſt, vel *principaliter* (& nuncupatur cauſa Principalis, uti ſe habet v. g. in homicidio, qui vulnus infligit, in furto, qui rem contrectat; vel inſtrumentaliter (vocatur cauſa Inſtrumentalis) ùt, ſi quis ad delictum tanquam inſtrumentum concurrat, uti rurſus in homicidio evenire poteſt, ſi gladium in hunc finem paret, vel acuat: In furto *antecedenter*, ſi ſcalas applicet: *Concomitanter*, ſi excubias agat: *Subſequenter*, ſi fures, vel res furtivas ſcienter recipiat, quò ſpectat vulgatum illud: **der Hehler iſt ſo gut, als der Stehler:** *arg. §. 4. b.* In ordine tamen ad infligendam pœnam videndum erit, num proximè ita, ut aliàs delictum committi haud - vel vix potuiſſet, num remotè, adeóque ita, ut delictum, eo etiam non concurrente, fuiſſet patratum, ſed non ita commodè? Si priùs punitur, uti ipſe principalis, præſertim, ſi ex condicto concurrit, & de furto participaverit, *l. 3. pr. & §. 1. ff. ad L. Corn. de ſic. arg. l. 54. §. pen. ff. de furt.* Secùs puniendus erit pœnâ extraordinariâ, arbitrio Judicis pro diverſitate circumſtantiarum proximioris, vel re-

(a) **Nos adhuc unam ſuperaddimus. Alia quippe ſunt POPULARIA, ubi cuivis de populo facultas agendi competit. *l. 3. ff. de ſepul. viol. l. 7. ff. de juriſd.* Alia non POPULARIA, ubi tantùm certis perſonis, quarum nempe intereſt, agendi poteſtas conceſſa eſt. *l. 1. §. 3. de injur. §. 6. Inſt. eod.***

Illud inſuper adnotandum circa judicia publica & privata, quòd ad initium Reipublicæ Rom. illa ideo fuerint publica nuncupata, quia ipſe populus publicè judicabat: quo ſpectat *l. 2. §. 16 & 23. ff. de O. J.* quatenus Conſulibus in caput civis Rom. animadvertere haud erat permiſſum; videtúrque fuiſſe certus numerus conſtitutus *arg. l. 1. ff. de jud. publ.* Extat inſuper elegans locus apud Gothofr. *ad pr. Inſtit. d. t.* qui Author *ad L. 8. ff. de accuſ.* ordinem publicorum judiciorum fuſè deſcribit. Addantur ea, quæ habet *Laud. Ludov. cit. Theſ. Jur. n. 20.*

remotioris influxûs, ſeu concurſûs determinandâ, ùt paſſim docent Criminaliſtæ. Cauſa Efficiens Moralis eſt, qui non realiter, ſed tantùm ex morali hominum exiſtimatione in delictum influit. Talis eſt (I.) Qui mandat, *l. 15. ff. ad L. Jul. de ſic. l. 1. §. 12. ff. de vi, & vi arm.* vel (II.) Qui delictum ſuo nomine ab alio commiſſum ratihabet, *d. l. 1. §. 14. ff. de vi, & vi arm.* (III.) Qui jubet, *l. 37. ff. ad L. Aquil.* (IV.) Qui conſilium dat, vel alterum ad delinquendum inſtigat, *l. 36. & l. 52. §. 21. ff. de furt. l. 12. ff. ad L. Jul. de Adult.* (a) (V.) Qui delictum non impedivit, cùm debuiſſet impedire, *l. 3. §. fin. l. 6. §. 8. ff. de re milit.* Dixi: *Debuiſſet*, quales ſunt, qui ex juſtitia tenentur, v. g. ſervus, miles, qui Dominum, Ducémque defendere debent, adeò, ut, ſi homicidium, cùm potuiſſent, non impediêrint, ipſimet homicidii rei habeantur, *citt. texx.* Ita intellige *cap. 6. verſ. Illi &c. de homicid.* ibi Pontifex: *Qui potuit hominem liberare à morte, & non liberavit, occidit.* Secùs, ſi tantùm ex charitate ad defenſionem quis eſſet obſtrictus, nec, cùm potuerit, defendiſſet, hìc enim pœna erit levior, *arg. l. 2. ff. ad L. Pomp. de parricid.* Sed quid de Mandante, vel Ratihabente, aut Jubente dicendum? Quòd puniendus ſit, ſicut ipſe delinquens, veluti patet ex *citt. ſup. texx.* quibus jungi poteſt *l. 5. C. de Accuſ.* Quamvis de Ratihabente, utpote, qui anteà in delictum non influit, dubitare liceat. (b) Quid de Conſulente? Puniendû eſſe ambigere non ſinunt *d. l. 36. & 52. §. 21. ff. de furt. d. l. 12. ff. ad L. Jul. de Adult.* vix tamen pœnâ ordinariâ, niſi delinquentem circa modum inſtruxerit (*Hopp. ad §. 11. b.*) &, ſi non ſit delictum ſterile, de delicto participaverit, *arg. l. 50. §. 3. ff. de furt. & l. 20. ff. de his, qui not. inf. mox Laud. Hopp. ibid. Uſ. Hod.* quidquid de rigore, *arg. l. 1. §. 13. ff. ad SC. Turpill.* dici queat, puniri poterit. Illud lubentiùs contra Magnif. P. Schmier *Juriſprud. Can. Civil. lib. 5. c. 2. ſect. 2. n. 65.* dabimus, conſulentem poſſe puniri, eſto conſilium revocaverit: poſtquam enim ille, cui conſilium dedit, jam moraliter motus eſt ad delinquendum, non eſt ampliùs in conſulentis poteſtate, moralem illum in-

(a) Jungat *l. 1. §. 13. ff. ad SC. Turpill.* & temperamentum ex *c. 6. §. qui verò. de homicid.*

(b) Eò quòd (ita *Voët. ff. ad L. Cor. de ſic. n. 3*) regula de ratihabitione mandato æquiparanda ad privata tantùm judicia, non publicas criminum accuſationes pertinere videatur; ſiquidem in his delicti perpetrati tempus ſpectatur *l. 1. ff. de pœn.* tempore autem delicti nullum factum crimino ſum reſpectu ratihabentis, velut ſupponitur, ſubfuit. Sanè ſi non ſufficit ratihabitio in ordine ad infamiam irrogandam, ceu apertè conſtat ex *l. 13. pr. ff. de his, qui not. inf.* multò minùs ſufficiet ad pœnam ultimi ſupplicii infligendam. His tam obſtat graviſſimè, & è diametro, *c. pen. de ſent. excomm. in 6.* ubi ratihabens incurrit pœnam excommunicationis latæ ſententiæ. Non officit *d. l. 13.* quia reſpicit initium nuptiarum *l. 1. ff. d. t. de his, qui not. inf.* deinde filius non contraxit nuptias nomine ſui patris. Elige!

influxum revocare. Non obeſt paritas de mandante, qui, ſi revocet mandatum, & delictum, revocatione non obſtante, fuerit patratum, non ampliùs poteſt puniri (pœnâ ordinariâ) ùt communiter docent: Nam mandatum reſpicit commodum mandantis, conſequenter manet illi liberum, mandatum revocare, ita, ut, ſi alter ad delictum pergat, non ampliùs mandantis, ſed proprio nomine delinquat. Conſilium econtra reſpicit commodum illius, cui datur, qui moraliter ad malum jam diſpoſitus, non tam facilè à propoſito amoveri poteſt, vid. de his omnibus diſtinctiùs *Laud. Gletle d. l. §. 3. à n. 7. usque ad 13.* Nobis videndum,

Quinam poſſint delinquere? Eſto Regula: Omnis & ſolus homo, qui doli capax eſt. Eſt autem doli capax, qui uſu rationis eſt prædìtus, unde delicti pronunciantur expertes. (I.) Infantes, & Furioſi (idem de mente captis) in *l. 60. ff. de R. V.* Ille enim conſilii innocentiâ defenditur, alter facti infelicitate excuſatur, *l. 12. ff. ad L. Cor. de ſic.* Limita circa hunc, ſi tempore lucidi intervalli facto illicito ſe obſtrinxerit, *vid. l. 14. ff. de offic. præſ.* (a) II. Dormientes, qui, cùm non intelligant, quod agunt, infantibus æquiparantur, in *l. 1. §. 3. ff. de A. v. A. P.* Limita rurſus, ſi ante ſomnum cauſam dederit, vel ſciverit, ſe in ſomno eſſe turbulentum. (III.) Ebrii ebrietate perfecta, hæc quippe uſu rationis ſpoliat, *cap. 14. de vit. & honeſt. Cler.* nec malitiâ, ſed impetu delinquunt, *l. 11. §. 2. ff. de pœn.* Limita pariter: ſi quis vel ſtudiô ſe inebriaverit, ut audaciùs in ſcelus rueret, vel ſciverit Bacchi ſpolia (ita diſſerit Gletle *ubi ſup. n. 33.*) aut maceratæ Cereris exuvias, Marti, iratæque Junoni ſacras eſſe, utpote, qui non ignorat, quo ruere ſoleat, vino vectus. Jungatur Voët. *ff. de injur. n. 1.* Hæc certa ſunt. Jam 4

Rogitas (I.) num impubes poſſit delinquere? Negandum, ſi ſit infantiæ proximus, quia in eam ætatem dolus non cadit, ait Paulus in *l. 22. ff. ad L. Cor. de falſ.* Affirmandum, ſi ſit pubertati proximus, *l. 14. ff. de SCto Silan. l. 4. §. 26. ff. de dol. mal. & met. except.* Ratio diverſitatis eſt, quia in illo dolus non præſumitur, benè verò in iſto. Eſto tamen utraque præſumptio *juris tantùm*, quæ admittit probationem in contrarium, non juris, & de jure: Unde multum tribuendum arbitrio Judicis, ita tamen, ut in dubio poſt decimum & ſeſqui annum (nullâ in delictis habitâ differentiâ ſexûs, *Conſt. Car. art. 146.*) cùm ſint pubertati

 pro-

(a) Quo caſu eſto recidat in furorem, puniri poſſe volunt. *d. l. 14.* ibi: *nec morbo ejus eſſe dandam veniam.* Sed durum eſt, cùm furioſus habeatur pro abſente *l. 124. §. 1. ff. de R. J.* abſens verò non poteſt puniri *l. 5. ff. de pœn. l. 47. ff. de re jud. lex 14.* verò intelligi poterit, ſi furor hic & nunc ceſſaverit.

proximi, dolus præſumatur, ſecundùm dicta *de jur. perſ. n. 5.* Interim tamen pœnâ ordinariâ in ejusmodi perſonis vix, ac ne vix quidem animadverti poterit, cùm *ferè in omnibus pœnalibus judiciis*, & *ætati*, & *imprudentiæ ſuccurratur*, ùt notat Paulus in *l. 108. ff. de R. J. jungat. tit. Carolin. ubi ſupra.* Utrùm verò etiam intuitu Minorennitatis pœna ſit mitiganda? opportunè

Rogitas (II.) Paucis mentem noſtram damus. Eſto probabile ſit de rigore juris, minorem ætatem, nullatenus in delictis excuſare, *l. 1. & 2. C. ſi adverſ. delict. l. 7. C. de pœn. l. 6. C. ad L. Cor. de ſic.* in quibus textibus generaliter dicitur, minorennem ætatem in delictis non excuſare. Longè tamen probabilior, & æquior nobis videtur etiam intuitu minorennitatis, pœnam regulariter eſſe mitigandam, dum certum videtur, minores infirmiori judicio, quàm majores regi, adeóque ex juvenili magis calore, vel imbecillitate, quàm perfectam malitiam in ſcelus irruiſſe præſumendum eſt. Inde fluit, quòd JC. in *l. 16. §. 3. ff. de pœn.* ſalubriter moneat, in impoſitione pœnarum ætatis rationem eſſe habendam. Non obſtant textus ſuperiùs allegati, nam vel loquuntur de reſtitutione in integrum, quæ haud dubiè minoribus delinquentibus denegatur: vel, quòd intuitu ætatis non prorſus detur excuſatio, ſeu immunitas: non item, quòd pœna ordinaria regulariter locum habeat. Repetii: *Regulariter*: ſi enim ex circumſtantiis appareat, minorennem ob frequentiam actuum jam eſſe habituatum, ut nulla ſpes emendationis affulgeat, ſed eadem, quæ in majoribus malitia eluceat, à pœna etiam ordinaria ejusmodi nebulonem excuſatum nolumus: Et ita capimus Triphonium in *l. 16. §. 1. verſ. ſed ut ad Legis Juliæ. ff. de min.* Leviora ſunt, quæ diſputari ſolent, utrùm Prodigus, Iratus, aut Amans delinquere poſſint, dum, ùt ajunt, Prodigalitas cum furore exæquatur, in *l. 6. ff. de V. O. l. 40. ff. de R. J.* Sed hoc intelligendum in ordine ad adminiſtrationem bonorum. Ira quoque brevis furor dicitur, non tamen abſolutè eidem æquiparari poteſt. Amor ſimiliter non raró pari paſſu cum amentia ambulat, juxta illud:

Vix amens & amans bina hæc vocabula diſtant,
Horum ſed diſtant ſignificata minùs.

cùmque reprimere, Imperator noſter in *nov. 74. c. 4.* perfectæ cenſet eſſe Philoſophiæ, vix tamen dices, Amantem propriè Amentem eſſe, quapropter iſthæc omnia, eſto uſum rationis obfuſcare, non tamen ita ſupprimere poſſe, creduntur, ut ejusmodi perſonæ non intelligant, id, quod hic & nunc agunt, repugnare legibus, adeóque eſſe illicitum. Quando-

Digitized by Google

doque tamen ob juſtam iracundiæ cauſam, qua prædominante delinquens moderamen inculpatæ tutelæ exceſſit, pœna erit moderanda, *cùm juſtum dolorem temperare difficillimum* videatur ipſi D. Pio apud Papinianum in *l. 38. §. 8. ad L. Jul. de adult.* jungatur *l. 4. C. eod.*

Subjectum Delicti dici poſſunt ii, contra quos delictum committitur: Delictô autem læditur DEUS T. O. M. tum in ſe, tum in ſuis Cœlitibus, uti fit per blasphemiam, ſacrilegium: Læditur Respublica, veluti contingit per crimen læſæ Majeſtatis, per vim publicam: Læditur & privatus, videlicet per furtum, rapinam &c. quamvis in læſione etiam privati contineatur, mediatè ſaltem, læſio tam Reipublicæ, quàm ſimul Divini Numinis, hoc ipſo, quòd delinquendo leges tum Divinæ, tum humanæ offendantur, atque contra finem ab utroque Legislatore intentum agatur. Cæterùm delictô lædi poteſt omnis homo, ſive ſit doli capax, ſive non, quia non, ſicut ad committendum, ita ad patiendum delictum, dolus requiritur, *arg. l. 3. §. 1. & 2. ff. de injur.* ſive dein vivus ſit, ſive mortuus, *arg. l. 1. §. 4. ff. d. t.* An etiam contra ſe ipſum poſſit quis delinquere? Quid dubitas? Nónne, qui ſe ipſum occidit, DEI, qui vitæ, necíſque Dominus eſt, jura invadit? Nónne Rempublicam cive, ſive membro privat? Nónne peccat contra ordinatam charitatem, quæ à ſe ipſo incipit? 5

Objectum delicti ſunt bona, circa quæ delicta verſantur, verſantur autem vel circa bona *Animi*, ùt, ſi Libertas per injuſtam ſervitutem adimatur, vel per raptum minuatur, aut Ratio per pocula amatoria obfuſcetur, virtutes per malos mores corrumpantur, fama verbis, vel factis injurioſis lædatur: vel circa bona *Corporis* per mutilationes, per vulnera, homicidia: vel *Fortunæ* per furta, rapinas. 6

Forma conſiſtit in requiſitis, quæ elucent ex definitione: (a) hoc unicum ſupereſt, 7

Num conatus pœnâ ordinariâ ſit afficiendus? Diſtingue, ídque nega in delictis levioribus, *arg. l. 3. ff. de his, qui not. infam.* ubi, qui operas ad artem ludicram locavit, nondum tamen prodiit, non ſit infamis, addita ratione, *quia non eſt ea res adeò turpis*, ut etiam conſilium puniri debeat. Huc etiam facit *l. 21. §. 7. ff. de furt. & l. 19. pr. ff. ad L. Cor. de falſ.* Affirma, ſi ſit crimen atrox, ſuppoſito, quòd lex, vel ſtatutum no-

(a) Præterea, notes, velim, ad delictum non præcisè requiri, ut quis habeat animum directè alterum lædendi, ſed ſufficere, ſi exerceat, ſeu ponat actionem periculo damni obnoxiam absque ſufficienti præcautione, pone explodendo bombardam in loco publicè commeantium. Plures caſus invenies in *l. 13. pr. & §. 4. ff. loc. l. 5. fin. l. 29. §. 7. l. 45. & 52. §. 1. ff. ad L. Aquil.* Et alibi ad illum *tit.* paſſim.

Digitized by Google

nominatim de conatu expreſſam mentionem faciat, & conatus ad actum ſecundum ita pervenerit, ut ex parte delinquentis nihil deſit, vel deſiderari poſſit: puta, alterum lethaliter vulnerâſti, venenum ſufficiens porrexiſti, ſed læſus operâ Æſculapii mortem evaſit, hic obtinebit pœna ordinaria. Si verò, lege, vel ſtatuto conatus non ſit notatus, vel ſit, ſed non pervenerit ad actum ſecundum: Pone: Aggreſſus es Titium animô occidendi, ſed iſte validè ſe defendit; vel præparâſti, atque propinâſti venenum, ſed non in ſufficienti quantitate, hîs caſibûs non habebit locum pœna ordinaria, cùm ex parte delinquentis aliquid plus, nimirum major in rixando dexteritas, vel vis veneni deſiderari poſſit. Nec obſtat, quòd in *l. 1. pr. & §. 1. l. 3. pr & §. 1. ff. l. 7. C. ad L. Cor. de ſic. l. 5. C ad L. Jul. Maj.* & aliis concordantibus in terminis dicatur, ſufficere ſolum animum, ſeu dolum (intellige tamen, facto quodam manifeſtatum) nec requiri, ut actus ſecutus ſit: Audiatur vel ſolum effatum D. Hadriani apud Calliſtratum in *l. 14. ff. ad L. Cor. de ſic.* ibi: *D. Hadrianus in hæc verba reſcripſit: In maleficiis VOLUNTAS, non exitus.* Item in *d. l. 1. in fin. ad L. Pomp. de parric.* ibi: *Et præterea, qui emit venenum, ut patri daret, QUAMVIS NON POTUERIT dare*: Nam, ſi ejusmodi textus datam reſponſionem, quòd voluntas ad actum ultimum ex parte delinquentis debuerit perveniſſe, licèt poſtea per accidens effectus non ſit ſecutus, reſpuant, dicendum erit, eſſe per contrariam conſuetudinem, eámque generalem abrogatos, uti teſtatur Carpz. *pract. crim. p. 1. quæſt. 17. n. 6. & ſeqq.* quò vide.

8 Effectus Delictorum eſt idem, qui in Contractibus videlicet Proximus, & Remotus. Proximus eſt obligatio tum ad ſuſtinendam pœnam delicto præſtitutam, tum ad damnum læſo reparandum. Remotus eſt Actio, tam criminalis, quàm civilis: Ex omni quippe delicto agi poteſt, tum civiliter, id eſt, in commodum privatum ipſius læſi, tum criminaliter ſcilicet in favorem Reipublicæ ad pœnam corporis afflictivam, vel ad pecuniam Fiſco ſolvendam, uti colligitur ex *l. ult. ff. de priv. delict. & l. ult. ff. de furt. Voët. ff. de priv. delict. n. 2.* Quid, ſi agatur ad privationem dignitatis, ſeu officii? Regulariter reputandum erit judicium criminale. *Carpz. d. l. p. 3. quæſt. 102. n. 36.* quia ex ejusmodi remotione Actor nil commodi conſequitur, niſi fortè ageret, ut illa dignitas, ſeu officium ſibi applicetur. Refert autem ſcire, num agatur criminaliter, num civiliter: Nam (I.) cauſæ criminales plerumque habent alium Judicem. (II.) Admittunt quæſtionem, *l. 1. ff. de quæſt.* (III.) Probationes exactiores deſiderant, *l. ult. C. de probat.* Econtra (IV.) reſpuunt Procuratores, *l. pen. §. 1. ff. an per al. cauſ. app. redd. poſſ.* Aut etiam re-

regulariter (V.) fidejuſſores, *l. 22. C. de pœn.* atque inſuper (VI.) hodie Appellationem: quæ omnia aliter ſe habent in judicio civili. Gletle *loc. ſup. cit. §. 7. n. 3.*

9 Contraria Delictorum ſunt modi, quibus extinguuntur. Extinguuntur autem (I.) Redditione pœnæ, puta, ſi Reus voluntati legis, vel Judicis ſatisfecerit, quatenus, uti in civilibus, ita in criminalibus, etſi mitiùs punitus fuerit, authoritate rei judicatæ defenditur, *arg. l. 56. §. 1. ff. de furt.* Quod procedit etiam, ſi Judex per ſordes (a) ſententiam dixerit, quia valet *l. 65. §. 2. ff. ad SC. Treb.* conſequenter hoc ipſo tranſit in rem judicatam. Memoratus Auth. *ibid. §. 8. n. 3.* Extinguuntur (II.) Abſolutione judiciali rurſus ob authoritatem rei judicatæ, quæ pro veritate habetur, *l. 25. ff. de prob.* Limitatur, ſi fortè novus accuſator ſuam, ſuorúmque injuriam proſequatur, in *l. 7. §. 2. ff. de Accuſ.* Cæterùm Aſſertio procedit, etſi abſolutus ſit, non ob patentem innocentiam, ſeu ab ipſo crimine, ſed etiam ob defectum probationum tantùm, ùt vocant, ab inſtantia. Abſolutio enim fuit abſoluta, & illimitata; conſequenter (aliter Practici) cenſetur eſſe talis tam ab inſtantia, quàm à crimine. Extinguuntur (III.) morte delinquentis, *l. ult. ff. ad L. Jul. Maj.* Rationem ſubminiſtrat Paulus in *l. 20. ff. de pœn. quoniam pœna conſtituitur in emendationem hominum, quæ mortuo eo, in quem conſtitui videtur, deſinit.* Excipiuntur ab hac regula crimina atrociora, in quibus, ùt ſuo loco videbitur, pœna, præſertim confiſcationis, etiam hæredes afficit, vel ſaltem cadaveri denegatur ſepultura Eccleſiaſtica, vid. *DD. Franz b. §. 11. n. 57.* Extinguuntur (IV.) lapſu temporis, ſeu Præſcriptione. Quemadmodum enim actiones, ne lites evaderent immortales, certos vivendi terminos obtinuêre; ita etiam crimina, ne delinquentes ad meliorem frugem reverſi in perpetuo accuſationis timore vivere cogerentur, fatales ſuas habent periodos, & veluti Actiones, 30. annorum ſilentio regulariter evaneſcunt, *l. 3. C. de præſc. 30. vel 40. ann.* ita accuſationes intra viginti annorum ſpatium non inſtitutæ exſpirant: Uti ex Divorum Principum reſcriptis refert Marcianus in *l. 3. ff. de requir. vel abſent. cond.* ibi: *Quamcunque enim quæſtionem apud Fiſcum, ſi non alia ſit præſcriptio, viginti annorum ſilentio præſcribi Divi Principes voluerunt.* Et habetur in *l. 12. C. ad L. Cor.*

(a) Quid hoc? ais. Sententia per ſordes lata eſt ipſo jure nulla, *l. 7. C. quand. appell. non eſt neceſſ.* qui ergo tranſibit in rem judicatam, vel reum abſolvet? Si per ſordes intelligis, quando Judex pecuniâ corruptus ſententiam tulit, benè arguis: Si verò per ſordes intelligatur, quando Judex ſententiam dixit per ambitionem, ſeu gratiam, contemptum, aut vilipendium legum, fruſtra nobis indignaris. Cùm hæc motiva non reddant ſententiam nullam, *arg. cit. l. 56. §. 2. ff. ad SC. Treb.* juvat igitur motos componere fluctus.

Digitized by Google

Cor. de fal. quæ ſic ſonat: *Querela falſi temporalibus præſcriptionibus non excluditur, niſi viginti annorum exceptione, ſicut cætera quoque ferè crimina.* Adeſt, ùt haud dubiè advertes, in utroque textu quædam limitatio, & quidem in priori: *SI NON ALIA ſit præſcriptio* in poſteriori, *cætera FERE.* Ad indicandum dari crimina, quæ non vicennio, ſed breviori tempore extinguuntur, ùt ſunt (I.) *Adulterium*, cujus accuſatio tollitur, vel quinquennio ad corripiendum Adulterum, vel ſex menſibus ad Adulteram concutiendam, *vid. l. 29. §. 5. & ſeqq. l. 31. ff. ad L. Jul. de Adult.* Ita quidem, ut intra duos menſes accuſare poſſit maritus, vel pater jure maritali, aut patrio, aliiſque præferri, per quatuor alios menſes verò cuilibet accuſandi competat facultas, *l. 2. §. penult. & ult. l. 4. §. 1. & 2. ff. d. t.* Jure novo ſola præſcriptio quinquennalis accuſationem adulterii excludit, *l. 28. C. eod.* Idem dicendum de reliquis criminibus carnis, quæ Lege Julia vindicantur, *d. l. 29. §. 6. ff. ad Leg. Jul. de adult.* Hinc ſunt (II.) Stuprum, Lenocinium, quæ ſimiliter quinquennio diluuntur, *d. l. 29. §. 6.* Nec non (III.) crimen Peculatûs, *l. 7. ff. ad Leg. Jul. pecul.* Num autem dentur crimina, quæ ultra vicennii metam caput adhuc plectendum exigant, ſub Judice lis eſt. Et quamvis negativa theoricè videatur probabilior, ob datas ſuperiùs rationes, & ea, quæ habet Gletle *ubi ſupra n. 14.* uſu tamen vidimus practicari contrarium. Huc referunt PARRICIDIUM, *l. ult. ff. ad L. Pomp. de parricid.* crimen SUPPOSITI PARTUS, *l. 19. §. 1. ff. ad L. Cor. de fal.* APOSTASIA, *l. 4. C. de Apoſt.* (a) Extinguuntur denique (V.) Reſtitutione, ſeu indulgentiâ Principis reum à pœna, quam promeritus eſt, plenariè abſolventis: Dixi: *quam promeritus eſt*, ſi enim ideo abſolvatur, quia fuit innocens inventus, non tam reſtitutio, quàm declaratio, non tam indulgentia, quàm attributio ejus, quod ex juſtitia debetur, dicenda eſt. Satis de Delictis in genere. Occurrunt nobis Delicta in ſpecie, quorum noſtri fori ſunt quatuor, Furtum, Rapina, Damnum injuriâ datum, & injuria in ſpecie. Duo priora patrantur lucri gratiâ. Duo poſteriora ſine lucro, & ideo dicuntur ſterilia. Illorum primum examinabit

§. II.

(a) In confeſſo tamen eſt, dari quoſdam caſus, ubi crimina (qualiacunque demum) ſe extendere poſſunt ultra viginti annos, ita ut delinquens poſſit adhuc pœna debita mulctari. Et quidem (I.) ſi cauſa à priori Nuntiatore, ſeu Accuſatore prodita dicatur. (II.) Si inſcriptio in crimen facta, & reus adnotatus fuerit; niſi ab ipſa inſcriptione novum vicennium ſit præterlapſum. vid. *l. 1. §. pen. & ult. ff. de jur. Fiſc. l. 2. §. 1. l. 4. ff. de requir. vel abſent. condem.* (III.) Si crimen medio exceptionis opponatur, cùm etiam in criminalibus nota ſit regula: quæ ad agendum ſunt temporalia, ad excipiendum ſunt perpetua. *arg. l. 5. & 6. C. de except.*

§. II.
De Furtis.

FURTUM, quod juxta mentem Triboniani in *§. 2. h.* vel à furvo, id 10
eſt, à nigro, quòd clam, & obſcurè fiat, ac plerumque nocte, vel à fraude, vel (quod veriùs videtur) à ferendo, id eſt, auferendo, vel à græco ſermone, quòd φῶρας appellant fures, dictum volunt, definitur in *§. 1. eod.* quòd ſit Contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratiâ, vel ipſius rei, vel etiam uſûs ejus, poſſeſſionísve, quod lege naturali prohibitum eſt, admittere. Dicitur: *Contrectatio*, id eſt, corporalis rei apprehenſio, ſeu ablatio, nec enim ſola cogitatio furti faciendi furem facit, inquit Paulus in *l. 1. §. 1. ff. de furt.* Inde quoque ſequitur, *eum, qui depoſitum abnegat, non ſtatim furti teneri, ſed ita, ſi intercipi[illegible]i causâ occultaverit.* Sunt verba ejúsdem JCti in *d. l. 1. §. 2. d. t.* cui conſonat Celſus in *l. 67. eod.* opus igitur eſt actuali motione, ſeu ablatione, uti eleganti exemplo docet Alfenus in *l. 57. ff. d. t.* Talis interverſio quoque intelligitur, ſi lucrandi animo alterius ſcripturam deleverit, *l. 41. §. 1. ff. ad L. Aquil.* Neque officit, quòd in dato caſu furtum committi dicatur, in *l. 27. §. ult. ff. de furt.* quamvis amotio non interceſſerit. Nam, licet non adſit amotio ipſius chartæ, adeſt tamen amotio ipſius ſcripturæ. Dicitur: *fraudulosa*, ſiquidem ceſſante fraude, ſeu dolo, ceſſat furtum, cùm animus delicta diſtinguat, *l. 53. pr. ff. d. t.* unde, qui probabiliter credit, dominum non eſſe invitum, vel rem pro derelicta eſſe habitam, furti non tenetur, *l. 43. §. 10. ff. d. t.* quoniam furtum ſine affectu furandi non committitur, *§. 7. h.* Dicitur: *lucri faciendi gratiâ.* Hic quippe furis debet eſſe finis, *d. l. 1. §. 3.* Si quis igitur meretricem libidinis causâ rapuerit, de qua vid. *l. 39.* junctâ tamen *l. 82. §. 2. ff. d. t. Gletle. d. p. 2. §. 5. n. 11. Thomaſ. integ. Diſſ. de furt. Ancill.* quæ ad calcem Inſt. Huberi annexa eſt, vel contumeliæ, aut etiam joci gratiâ rem abſtulerit (idem, ſi deteriorem fecerit, *vid. l. 41. §. 1. ff. ad L. Aquil.* vel fructibus maturis veſcatur, *Deuter. 23. verſ. 24.*) furtum non facit, *d. l. 53. ff. eod.* Verùm ſubclamitas, quale lucrum ſentit, qui rem alienam alteri gratis commodatò tradit; & nihilominus ex mox dicendis furtum committit? *Species lucri eſt* (reponit Gajus in *l. 54. §. 1. ff. de furt*) *ex alieno largiri, & beneficii debitorem ſibi acquirere*, unde & is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alteri donet. Pergis, nondum contentus: quid lucri, ais, percipitur ex ſacco cum pecunia ſubrepto, cujus intuitu nihilominus furtum committitur, *l. 77. ff. de furt.*? Hoc, quòd pecunia

 faci-

Digitized by Google

faciliùs tranſportari poſſit. Dicitur ulteriùs in definitione: *vel ipſius rei*, videlicet alienæ, & quidem mobilis; nam neque in re propria, *l. 59. ff. d. t.* neque immobili ampliùs furtum committitur; exploſa enim jam eſt ſententia ſomniantium, etiam fundi, locíve furtum fieri, *§. 7. de uſuc.* An liberi hominis furtum detur. Negatur, ſi in ſe ſpectetur, quia non recipit æſtimationem, *l. 3. ff. ſi quadrup. paup. fec. dic.* conſequenter ad lucrum non prodeſt, ſi verò conſideretur, ut ſubjectus patriæ poteſtati, aſſeritur in *§. 9. h. l. 14. §. 13. ff. de furt.* Dicitur: *uſus, poſſeſſionisve.* Furtum usûs fit, ſi creditor, vel depoſitarius (idem de commodatario, ſi aliter, *vid. l. 54. §. 1. ff. d. t.*) re utatur, *§. 6. h.* Poſſeſſionis verò, ſi debitor creditori pignus auferat, *§. 10. h. l. 19. §. pen. ff. de furt.* vel rem mobilem (ſi ſit immobilis, erit ſtellionatus, *arg. l. 3. §. 1. ff. ſtell.*) nuda pactione obligatam vendat, *l. 66. pr. ff. de furt.* Turbabunt iſta prima fronte, cùm ad furtum opus ſit contrectatione alicujus corporis, *l. 75. ff. d. t.* quæ in uſu, vel poſſeſſione, utpote rebus incorporalibus obtinere nequit. Ita eſt, ùt ais, ſed neque his caſibus, ſi benè perpendis, deficit contrectatio rei corporalis, qua mediante, non quidem ipſius rei, ſed usûs, vel poſſeſſionis furtum committitur. Dicitur denique: *quod lege naturali prohibitum eſt admittere*, ſuppoſitâ enim rerum diviſione, naturâ turpe eſt alterum jure ſuo privare, vel ditiorem fieri cum damno, & jactura alterius, *l. 42. ff. de V. S. l. 206. ff. de R. J.* Eſt igitur furtum jure naturali hypothetico, id eſt, ſuppoſita rerum diviſione prohibitum, ùt optimè explicat *Grotius de Jur. Bell. & Pac. lib. 1. c. 1. §. 10. n. 4.*

II Varia recenſentur furtorum genera, & quidem (omiſſa Veterum diviſione) furti Concepti, Oblati, Prohibiti, & non Exhibiti, de qua vid. *§. 4. h.* nec non *Heinec. Ant. Rom. ad h. t. §. 13. & ſeqq.* (a)

Aliud

(a) Pro faciliùs intelligenda *cit. §. 4. h.* diviſione placet erudiri cupido breviſſimè adnotare. Ex inſtituto Athenienſium, poſtea probabiliter in LL. Romanas tranſlato quærere res furtivas furtum paſſo permiſſum, moriſque erat, ut qui ita quæſitum irent, ædes ingrederentur nudi, ne quid ſub veſtibus occultantes ex inimicitia, quod quærere ſimulabant, clam ſecum ferrent, dominóque falſum crimen calumnioſè objectarent: LANCE, & LICIO fieri hoc conſueverat. Id eſt, furtum quæſiturus, iſque, ùt dictum, nudus, licio (ſimplici nempe cincticulo) ad membra verenda cinctus, lancéque, id eſt, ùt veriùs interpretantur, larva lancis inſtar concava, ne à matribusfam. aut virginibus non ſine pudore noſceretur, vultui adaptata domum furti ſuſpectam inquirebat. Ritum hunc deſcribit Plato *de LL. 12. p. 691.* his verbis: „Furtum re„quiſiturus alicubi nudus & licio incinctus, cæterà diſcinctus, Deóſque Legum Cu„ſtodes adjurans, ſe inveniendi ſpe id facere, ita demum requirito. Dominus ve„rò tum exhibeto, & in omnibus ſive obſignatis, ſive minus obſignatis locis liberam „furti inquirendi poteſtatem facito.„ His præcognitis faciliùs intelliges verba 12.

Tabb.

Aliud eſt furtum Manifeſtum, aliud nec Manifeſtum. *Illud* dicitur, dum fur in flagranti, vel ſaltem, antequam ad locum illa die deſtinatum pervenerit, deprehenditur, *§. 3. b. l. 3. l. 4. l. 5. ff. de furt.* Non tamen ſufficit ſola viſio, ſed opus eſt ſaltem acclamatione, *l. 7. §. 1. ff. d. t.* Hinc verba *cit. §. 3. viſus, vel deprehenſus* non poſſunt non ſumi copulativè, *arg. l. 53. ff. de V. S.* vel debebit ſumi viſio efficaciter, & notoriè, ſcilicet cum acclamatione, vel alio actu, ceu innuitur in *d. l. 7. §. 2.* *Illud*, quando non ita fuit deprehenſus, *dd. tt. junct. ord. crim. art. 157. & ſeqq.*

Aliud Simplex, aliud Qualificatum. *Simplex* eſt, cui nullæ circumſtantiæ aggravantes adhærent. *Qualificatum* (quod & periculoſum audit) cui adhærent circumſtantiæ aggravantes, puta, Aſcenſio, Effractio, Violentia.

Aliud Parvum, aliud Magnum. *Illud* eſt, cujus æſtimatio infrà quinque ſolidos (per ſolidum intelligunt communiter Aureum Hungaricum valentem ad minimum 4. florenis *D. Frölich de Frölichsburg Comm. ad Nem. Car. Tr. 2. lib. 4. tit. 1. n. 8.*) conſiſtit. *Iſtud*, cujus æſtimatio hanc ſummam adæquat, aut omninò excedit.

Aliud Primum, aliud Iteratum. *Primum*, quod aliud non præceſſit. *Iteratum*, quod vel unum vel plura præceſſerunt. Non tamen exiſtimes, pluralitatem furti deſumi à rerum ablatarum numero, veluti fit in ſtipulatione, *l. 1. §. pen. l. 29. pr. ff. de V. O.* in convitiis, *l. 7. §. pen. ff. de injur.* ſed à diverſitate temporis moraliter diſtincti; ſiquidem pluralitas furti ideo attenditur, ut appareat, num fur ſit incorrigibilis, quod dici non poteſt, ſi uno tempore plures res abſtulerit. Dixi notantèr: *moraliter diſtincti:* unde non ſunt plura furta, ſi, cùm acervum frumenti ſimul & ſemel tollere non potueris, per partes (ſed motu continuo nullo actu planè extraneo interrupto) abſtuleris.

Aliud furtum Domeſticum, aliud non Domeſticum. *Prius* dicitur, quod à perſonis, quæ familiâ noſtrâ continentur, atque in eadem domo nobiſcum habitant, quales ſunt uxor, liberi, quos in poteſtate habemus, Servi, Liberti, Clientes, atque Mercenarii, admiſſum eſt; licèt in ejusmodi caſibus ceſſet actio furti, ſed contra uxorem competat actio rerum amotarum non famoſa, *l. 52. §. 1. & 2 ff. de furt. l. 1. & 2. ff. de act. rer. amot.* contra filium, vel ſervum autem deficiat omnis actio,

Tabb. quæ reſtituente Gothofr ita ſonant. SI FURTUM LANCE LICIOque CONCEPTUM ESCIT, ATQUE UTI MANIFESTUM VINDICATOR. Jam de his ſatis, cum jam Gellii tempore, ut ipſe *Lib. 16. c. 10.* teſtatur, modus iſte nonampliùs uſitatus fuerit. An non licet hodie urgente ſuſpicione res furtivas in ædibus ſuſpecti inquirere? Licet equidem; ſed tantùm publica authoritate.

l. 16. & 17. ff. de furt. quia habentur pro una eademque perſona, & aliunde patri, vel domino contra filium, vel ſervum (idem de aliis domeſticis, *l. 89. ff. d. t.*) privata animadverſio competit. Limitatur, ſi filiusfamilias habeat peculium caſtrenſe vel quaſi, quo caſu etiam obtinet inter eos actio utilis, vid. *§. 12. b. & l. 52. §. 5. & 6. ff. de furt.* Sed quid de vindicta publica dicendum? Contra uxorem neque iſta competit, ſi enim ob reverentiam matrimonii negatur actio furti civilis, multò magis deneganda erit criminalis, quæ adhuc eſt ſeverior, *arg. l. 5. ff. de expil. hær.* contra reliquos in furtis gravioribus datur, *arg. l. 11. §. 1. ff. de pœn.* quoniam delicta graviora jus domeſticæ correctionis excedunt, vid. *l. 3. & 4. C. de patr. pot. l. un. C. de emend. prop. Gletle cit. tr. p. 2. c. 1. §. 2. n. 10. & 11.* junguntur ea, quæ refert *Mollemb. in theſ. Jur. ff. de furt. n. 9.* *Non Domeſticum* eſt, quod ab extraneis fuit admiſſum.

Aliud furtum *Diurnum*, quod in tanta ſolis luce, ut fur dignoſci poſſit. Aliud *Nocturnum*, quod de nocte committitur. Olim, id eſt, ex *LL. 12. tabb.* furem nocturnum indiſtinctè occidere licebat, (a) veluti probat *cit. Heinec. ubi ſupra §. 2.* quæ licentia, utpote nimis effuſa, & ideo periculis obnoxia, paulatim ab uſu receſſit. Diurnum verò non aliter licebat occidere, quàm ſi telo ſe defenderet, *l. 4. §. 1. ff. ad L. Aquil.* Hodie, quamvis in foro interno furem tam diurnum, quàm nocturnum occidere liceat, ſi res magni valoris periclitetur, nec aliter poſſit defendi, cùm res ejusmodi ſint ad vitam ſuſtentandam neceſſariæ, miſeráque foret proborum conditio, ſi furibus reſiſtere non auderent, vid. *D. D. Franz b. p. 2. §. 4. n. 21.* In foro tamen externo neque furem diurnum, neque nocturnum occidere permiſſum eſt, niſi cum rebus ipſa vita periclitetur: De diurno certum eſt ex *l. 54. §. 2. ff. de furt.* ibi; *Furem interdiu deprehenſum non aliter occidere Lex 12. tab. permiſit, quàm ſi telo ſe defendat.* De nocturno non minus indubitatum ex *l. 9. ff. ad L. Cor. de ſicar. Furem nocturnum, ſi quis occiderit*, inquit Ulpianus; *ita demum impunè foret, ſi parcere ei ſine periculo ſuo non potuit.* Aſſerenti tamen ſe occidiſſe furem nocturnum defenſionis causâ, faciliùs credendum erit, quàm occidenti

fur-

(a) Verba LL. 12. tab. hæc ſunt: SI NOX FURTUM FAXIT SIM (ſi eum) ALIQUIS OCCISIT, JURE CÆSUS ESTO. Ulpianus ad Edictum *Lib. 3. tit. ſi quadrupes pauperiem dederit.* Hinc vel lapſus eſt Gajus, vel eſt emblema Triboniani, dum in *d. l. 4. §. 1. ff. ad L. Aquil.* ex L. 12. tabb. prævius clamor exigitur, cùm tamen *loc. cit.* de hoc nulla ſiat mentio. Sunt etiam, qui exiſtimant in *l. 5. princ. ff. d. t.* locò: *ergo & CORNELIA tenetur* legendum: *AQUILIA.* At emendatione non videtur opus. Senſus eſt, quòd præter actionem L. Aquiliæ competat, & Corneliæ: puta ſi dolus, dum maluit ſine neceſſitate occidere, intervenit.

furem diurnum, uti prudentiſſimè advertit *Gletle d. l. n. 15. in fin.* cùm plerumque fures nocturni armati venire ſoleant.

12 Cauſa Effectiva Furti principalis eſt ipſe fur, qui rem contrectat. Inſtrumentalis, qui vel antecedenter, vel concomitanter, vel ſubſequenter concurrit. Moralis, qui mandat, jubet, aut conſilium ſubminiſtrat, conferantur dicta *§. priori n. 2. & 3.* Latiùs *Voët. ff. de furt. n. 7.*

13 Subjectum furti eſt ille, cui furtum committitur: Poteſt autem furtum committi omnibus iis, quorum intereſt ex cauſa juſta rem, ſeu illius uſum habere, adeóque furtum non eſſe commiſſum, *§. 13. h.* conſequenter non tantùm DOMINO invito, ſed etiam USUFRUCTUARIO, *l. 15. §. 1. l. 46. §. 1. ff. de furtis.* CREDITORI pignoratitio *§. 14.* FULLONI & SARCINATORI, qui polienda veſtimenta acceperunt, *§. 15. eod.* COMMODATARIO, *§. 16. h. l. 15. §. fin. ff. de furt. vid. Voët. d. t. n. 4.* CONDUCTORI, *l. 14. §. 12. & 16. ff. de furt.* Bonæ Fidei POSSESSORI, *d. l. 12. §. 1.* Imò & ipſi FURI, ſi ejus interſit ex cauſa honeſta, fortè prævii contractûs, uti facti ſpecies refertur in *l. 48. §. 4. ff. eod.* Dixi ſuperiùs: *Domino invito*, ſeriò enim volenti (ſaltem quoad actionem furti, *vid. deſuper l. 46. §. pen. ff. d. t. Hub. h. n. 10.* (a)) furtum fieri non poteſt, *§. 8. h. l. 48. §. 2. & l. 91. ff. d. t.* quia nemo adeſt, cui furtum fiat, *l. 43. §. 5. ff. eod.* Inde eſt, quòd, ſi quid ex hæreditate jacente ſubripiatur, furtum eſſe negetur in *l. 68. ff. eod.*

(a) Furtum equidem eſt *d. l. 46. §. pen.* cùm ad furtum ſufficiat animus & actualis contrectatio rei alienæ; Actio nihilominus ceſſat. Huc faciunt, quæ habet Cic. *L. 3. de offic. Aliter Leges, aliter Philoſophi*, inquit, *tollunt aſtutias: Leges, quatenus manu res tenere poſſunt: Philoſophi, quatenus ratione & intelligentia: Mœchus eſt* (ita Matth. 5. v. 28.) *qui hoc egit, ut alienam matremfam corrumperet.*

Num filius patri, & viciſſim ſuppoſito, quod filiusfam habeat peculium Caſtrenſe vel quaſi (idem de extraordinario?) Affirmatur & quidem prius membrum habetur in *l. 52. §. 5. ff. de furt.* Alterum in § 6 *cit. l.* ibi: *Non tantùm igitur furtum faciet filio* (pater) *ſed etiam furti tenebitur.* At obſtupeſcis, ut video, Actio furti, inquiens, utique infamat. *l. 1. l. 6. §. 1. ff. de his, qui not. infam.* Et pariter certum eſt, ejusmodi actiones filiis contra parentes non indulgeri. *l. 5. § 1. l. 7. ff. de obſeq. par. & patr. præſt.* Sunt hæc omnia Ulpiani. Verùm ſe explicat in *l. 11. in fin. ff. de dol. mal.* & actionem in factum dandam ait, facta *mentione bonæ fidei.* Nec erit, ut explicat *Voët. ff. de furt. n. 2.* furti actio, ſed ſenſus Ulpiani in *d. l. 52. § 6.* ita accipiendus eſt, ut effectum actionis furti, duplum nempe vel quadruplum, filius patre furtum paſſus conſequatur, inſtituta nimirum actione in factum verbis mitigata atque temperata. At perceptu difficile eſt, qui conſequi poſſit filius duplum, vel quadruplum, ſi bonæ fidei mentionem debet facere, & furti minimè, ſi filius dicat: Pater bona fide contrectavit, aut abſtulit? qualis abſurditas! vel qui Judex condemnabit in duplum; vel quadruplum? Ipſe cogita. Non mentem ſuſpendimus, ſi ſalus obtingat, jube interim reſtitutionem.

Digitized by Google

eod. incidátque in crimen expilatæ hæreditatis, *tot. tit. ff. & C. de expil. her.* Conſul tamen *Voet. ff. de furt. n. 3.*

14 Objectum furti colligi poteſt ex definitione ſuperiùs explanata; Quibus annectitur vulgaris controverſia, utrùm, qui ex acervo frumenti (idem eſt de aliis ejusmodi corporibus) modium, ſeu partem abſtulit, dicatur fur totius, vel tantùm partis, quam abſtulit. Paucis, quod æquum eſt, reſolvimus; dum furem à furto totius cum Ulpiano in *l. 21. pr. ff. d. t.* abſolvimus. *Sed verius eſt* (ita contra Ofilium reſpondet ad propoſitum caſum JCtus) *in tantùm eos furti actione teneri, quantum abſtulerunt.* Idem repetit in *§. 5. d. l. 21.* in verbis: *& durum eſt dicere, totius furtum fieri*, & paulò pòſt circa caſum, ubi quis ex ciſterna vini, vel aquæ, vel nave vinaria aliquid hauſit, ita reſpondet; *& magis eſt, ut & hic NON TOTIUS* (furem) *dicamus.* Iſta cuique viderentur lumine naturæ nota, ſoléque meridiano clariora, niſi ſibi ipſi obmurmuraret Ulpianus in *cit. l. 21. §. 8.* ubi diſtinctionem adhibet, num fur totum tollere potuerit, vel non? Si prius, furem totius dicit, eſto tantùm partem ſuſtulerit: ſi poſterius? tantùm earum rerum, quas abſtulit, furem appellat: Sanè, ſi furtum etiam ab animo furandi menſurari debet, uti hactenus docti ſumus, videretur contrarium dicendum; nam, ſi potuiſſet totum auferre, nec tamen abſtulit, minor utique elucet malitia, furémque civiliorem, adeóque nullatenus TOTIUS dixeris; dum econtrà, ſi ideo non totum ſuſtulit, quia non potuit, non ejus civilitati, ſeu diſcretioni, ſed impotentiæ eſt imputandum. *D.D. Gletle d. p. 2. §. 4. n. 9.* ſubtilitatem ſophiſticam alia ejosdem valoris ſubtilitate retundendam exiſtimat, dicítque, eſſe furem totius, ſi totum conſideretur numericè, quatenus ablata parte etiam minima non ampliùs manet idem totum: Non autem eſſe furem totius moraliter. Subtilitas eſt, non diffitendum, ſed, utpote juridica, diſtinctione Philoſophica vix tollenda; ſiquidem, ſi verum amamus, ſuppoſitô, quòd ablatio partis aliud numericè totum cauſet, hoc verum erit, ſive fur potuerit, ſive non potuerit totum auferre, & conſequenter in utroque caſu erit fur totius, quod in *d. §. 8.* negatur. Alia itaque, ut nobis videtur, latet ſubtilitas, in eo nempe conſiſtens, quòd ſi potuerit fur totum auferre, nec tamen abſtulit, ſaltem ſubtilitate juris (à parte rei quippe condemnatur in id, quod abſtulit) fingi poſſit, totum abſtuliſſe, quæ fictio cum fundamento in re non obtinet, ſi totum auferre non potuit. Inde fluit, quòd, qui lancem raſit, totius fur dicatur à Paulo in *l. 22. §. 1. ff. d. t.* & furti tantùm teneatur ad id, quod domini intereſt: Speciale quid refertur ex SCto Claudianis temporibus condito in *l. 3. §. 8. ff. de incend. ruin. nauf. &c.* *Ut, ſi quis* (ita

ſo-

Digitized by Google

ſonant verba) *ex naufragio clavos, vel unum ex his abſtulerit OMNIUM RERUM nomine TENEATUR ob miſerrimam naufragorum fortunam*, de qua fit mentio *in fin. cit. §. 8.*

Forma, quæ per requiſita præoccupata fuit in explicatione definitionis, conſiſtit in fraudulenta contrectatione rei alienæ, aut uſûs, poſſeſſioniſve. 15

Effectus alius eſt Proximus, alius Remotus. *Primus* conſiſtit in obligatione reſtituendi rem furto ablatam, nec non ſuſtinendi pœnam huic delicto præfixam. *Alter* ſitus eſt in actionibus ex furto oriundis; ſunt autem vel civiles, vel criminales. Et civiles rurſus Una Rei Perſecutoria, Altera Pœnalis: Actio Rei Perſecutoria eſt Condictio furtiva, quæ eſt *Actio perſonalis, qua rem furto ablatam à fure, ejúsque hæredibus repetimus.* Ejus prædicata ſunt, quòd ſit civilis, Rei Perſecutoria, Perpetua, non famoſa (ſaltem infamia juris) quia nulla condictio, utpote in æquitate fundata, infamat, *l. 36. ff. de O. & A.* quamvis exiſtimationi non parùm detrahat, ſi quis ſuo nomine ad rem furto ablatam reſtituendam condemnatus fuerit, hinc non poteſt ſecum non trahere infamiam facti. Oritur remotè (quidquid contra aſſerat *Hub.* & apud eum *Thom. ff. de condict. furt. n. 2.* (a)) ex furto, *l. 2. 3. 4. 5. & 9. ff. de condict. furt.* proximè ex obligatione; adeóque eſt actio Nativa, non Dativa. Quamvis negari non poſſit, æquitatem naturalem ad hanc actionem, uti ad alias condictiones, re ipſa loquente, maximè (ſed tantùm occaſionaliter, non principaliter) concurrere, eámque irregularem facere. Nec enim ſequela eſt: æquitas naturalis concurrit: ergo eſt actio Dativa, aliàs etiam condictio indebiti, quæ certè, utpote ex quaſi contractu, Nativa eſt, ad Dativas deberet reduci, *arg. l. 66. ff. de condict. indeb.* 16

Datur, ſi loquamur de condictione certi, qua nimirum rem certam petimus, *l. 9. §. 1. ff. de R. C.* ſoli domino, ita intellige, *l. 1. ff. de condict. furt.* ibi: *In furtiva re* (id eſt, in furto ipſius rei principaliter) *ſoli domino condictio competit.* Et ita ſimiliter capienda, *l. 14. §. 16. ff. de furt.*

Ejus

(a) Ait ille (I.) Condictio hæc diſtinguitur ab actionibus ex delicto *l. 10. §. 2. ff. de compenſ.* Ita eſt, ſcilicet à pœnalibus, quatenus eſt rei perſecutoria. (II.) Si ex furto deſcenderet, deberet eſſe famoſa; atqui non eſt. *l. 36. ff. de O. & A.* (III.) Datur adverſus hæredes. *l. 7. §. l. 9 ff. de condict. furt.* quod dici non poſſet (niſi in quantum ad eos pervenit) ſi oriretur ex delicto. (IV) Non agitur de dolo. Verùm hæc omnia non plus probant, quàm quòd ſit actio ex delicto quidem, ſed irregularis. Nec enim videtur, cur factum doloſæ contrectationis non ſit factum de ſe ſufficiens ad producendam actionem, qua rem ablatam contra aufferentem proſequamur. Eſto inſuper fuerit aliis qualitatibus veſtita, ſeu inſtructa; ſed econtra non famoſa; ſufficit quippe, quòd pœnalis infamiam irroget.

Digitized by Google

Ejus nomine tamen veniunt omnes, qui locò domini habentur, ut eſt illius hæres, *l. 11. ff. de cond. furt.* Bonæ fidei poſſeſſor, qui ubique pro domino habetur, *tot. tit. ff. de publ. in rem act.* Tu dices: imò implicat, domino, vel ei ſimilibus, condictionem dari, cùm condicere ſit dominium ab alio avocare, *§. 14. de act.* adeóque agere contra dominum; quis autem unquam admiſit, furem eſſe dominum? Neque nos hoc admittimus: ſed eſſe aliquid ſpeciale, contendimus, quòd jura voluerint contra furem condictionem dare, eúmque quaſi dominum fingere, ut hac condictione impeti poſſit, ne aliàs dominus cogatur rei vindicationem inſtituere, quæ non tantùm difficillimæ eſt probationis, ſed inſuper ceſſat, ſi res abſque dolo vel culpa furis ſurrepta ſit: præſtat itaque agere condictione, quæ durat, eſto res perempta ſit, vel fur non ampliùs poſſideat, *§. fin. h. l. ſ. ff. l. ſ. C. de cond. fur.* Cæterùm, ut obtineat Actor, debet fuiſſe dominus, vel quaſi tum tempore, quo agit, tum quo furtum fuit commiſſum Unde, ſi furto commiſſo res legata ſit, condictio neque hæredi, neque legatario competit, ſed iſte recurrere debebit ad rei vindicationem, vid. *l. 10. §. pen. & ult. l. 11. ff. de condict. furt.* Datur autem hæc condictio imprimis contra FUREM, ita quidem, ut, ſi plures contrectaverint, quilibet teneatur in ſolidum, ſolutione tamen unius reliqui liberentur, *l. 1. C. de condict. furt.* Deinde contra ILLUM, cujus OPE & CONSILIO furtum fuit commiſſum, vid. notabilis textus in *l. 53. §. 1. de V.S.* Adeóque alterutrum non ſufficit. *Nunquam enim* (monet Paulus in *l. 5. ff. de condict. furt.*) *ea condictione alius, quàm qui fecit, tenetur, aut hæres ejus.* Proinde, pergit Ulpianus in *l. 6. ff. eod. & ſi ope, conſilióve alicujus furtum factum ſit, condictione non tenebitur, etſi furti teneatur.* Ac denique contra Furis HÆREDES, & quidem (eſt contra ea, quæ refert *Moll. in Theſ. Jur. d. t. n. 35.* (a)) in ſolidum, eſto ad eos nihil (ex furto) perve-

ne-

(a) Potiſſimum ejus fundamentum in eo ſitum eſt, quòd aliæ actiones ex delicto non dentur contra hæredes, niſi in quantum ad eos pervenit. Iniquum eſt, inquit (I.) hæredem teneri de re, quam nunquam vidit oculis, aut palpavit manibus Flumbe prorſus argumentum, & JCto indignum, Sufficit, quod ejus defunctus, cujus perſonam repræſentat, & cujus nomine tenetur, viderit, ac palpaverit. Inquit (II) Tum JC tum Impp. æquitatem hanc agnoverunt, hæredes non teneri ex delicto defuncti, niſi in quantum in eos pervenit. Ita textus in *l 44 ff. de R. J.* juncta *l. 38. d. t. l. un. C. ex delict. def. §. 1. Inſt. de perpet. & temp. act.* Verùm hoc tantum procedit in aliis delictis: Odium furum quid plus exigit, *arg §. 14 de act* Replicat Author: Jus ipſos fures odio perſequitur; non eorum hæredes. An novum eſt, odio delinquentium, etiam hæredes graviùs puniri? Quinimo cur res furtiva facta eſt impræſcriptibilis? Cæterùm num æquiùs ſit, ut hæres furis ex hæreditate, quæ ad illum pervenit, & obligatione reſtitutionis quaſi affecta eſt, fiat ditior, & omnia

com-

nerit per textum inevitabilem in *l. 9. ff. d. t.* ibi: *In condictione ex cauſa furtiva non pro parte, quæ pervenit, ſed in ſolidum tenemur; dum ſoli hæredes ſumus, pro parte autem hæres pro ea parte, pro qua hæres eſt, tenetur.* Et hoc eſt, quid ſpeciale in odium furum. Aliàs enim actiones ex delicto deſcendentes, quamvis ſint rei perſecutoriæ, non dantur contra hæredes, niſi in quantum ad eos ex delicto pervenit, *l. 17. ſ. 1. l. 26. & 27. ff. de dol. mal. l. 16. ſ. 2. l. 17. & 19. ff. quod met. cauſ.* ſicut econtra quid ſingulare eſt in favorem matrimonii, quòd actio rerum amotarum, eſto ſpecies ſit condictionis furtivæ, *arg. l. 6. ſ. 4. & l. 21. ſ. 26. ff. de act. rer. amot.* tamen non detur contra hæredes, niſi in quantum ad eos pervenit, *l. f. C. rer. amot.* Neque dictis obſtat, quòd in *l. 9. ſ. f. & l. 10. ff. de tut. & rat. diſtr.* dicatur actionem furti, damni, injuriæ, condictionem morte extingui, nam hoc probaret planè extingui, quod falſum eſſe aliunde conſtat; adeóque dicendum, textum loqui de ipſa actione furti, vel ſumi debere in ſenſu accommodo, ſcilicet reſpectu aliarum actionum, quas ibi recenſet. *Voët. ff. de condict. furt. n. 4.* Ad reliqua reſpondet *Gletle loc. ſupra cit. ſ. 7. n. 15.* Conſul. inſuper *cit. Hub. b. n. 17.* Ut autem Actio hæc ritè deducatur in judicium, probandum eſt, ſi ſit actio certi, aliquo ſaltem indicio dominium, *arg. l. 1. ff. de condict. furt.* ſi incerti, quòd actoris interſit, furtum fuiſſe commiſſum, & inſuper reſpectu utriusque rem ſubreptam eſſe, *l. 11. & 12. pr. ff. d. t.* Unde hac actione non juvatur Legatarius ante traditionem *d. l. 11.* (idem dicendum de aliis, qui poſt furtum commiſſum poſſeſſionem, vel etiam

commoda percipiat, ac furtum paſſus, qui à fure nihil habet, in damno relinquatur, aliis judicandum relinquo: Sanè Jura Canonica aliter ſenſêre *c. 5. de raptor. cap. fin. de ſepult.* Furtum, & noſtram quæſtionem, quod attinet, vellem, ut Author Eximius *l. 9. ff. de condict. furt.* non tam perfunctoriè tractâſſet, ſed, utpote vix non unicum noſtræ ſententiæ fundamentum, meliùs explicâſſet. Ait nempe, *TO pervenit* debere referri ad *TO hæreditatem*, ſcilicet in quantum *ex hæreditate* (non *ex re furtiva*) ad hæredem pervenit, id eſt pro quota, qua hæres eſt. At qui poterit ad hæredem in ſolidum, de quo membrum illud loquitur, tantùm pars hæreditatis pervenire? Accedit, quòd de partibus hæreditariis, & de caſu, ubi adſunt plures hæredes, primùm tractet JC. in altero membro *cit. l.* quæ ita habet. *In condictione ex cauſa furtiva non pro parte* (debet neceſſariò intelligi REI FURTIVÆ non *hæreditatis*, ut innuunt verba ſequentia) *quæ pervenit, ſed IN SOLIDUM tenemur, dum SOLI HÆREDES SUMUS* (hinc tota hæreditas perveniat, neceſſum eſt, eſto tantùm pars rei furtivæ pervenire poſſit) *pro parte autem hæres* (en, quòd de caſu reſpectu ad partem, ſeu quotam hæreditaris primùm hic agat) *pro ea parte, pro qua hæres eſt, tenetur.* Quod ita capiendum, ut ſimul ſumptum ſolidum conficiant. Addatur *ſ. fin. de obl. quæ ex del. naſc.* ibi; *Condictio autem adverſum furem ipſum, hæredémve ejus, LICET NON POSSIDEAT, COMPETIT,* quod de utroque tam de fure, quàm ejus hærede, qui ultimò & ſic ad TO *non poſſideat*, ponitur, intelligendum.

Digitized by Google

dominium nacti ſunt) quia eidem, utpote adhuc poſſeſſione deſtituto, res ſubrepta non fuit. Item nec ille, qui poſt ſurtum ſibi commiſſum proprio facto dominus eſſe deſiit, *l. 10. §. 2. ff. eod.* cùm videatur huic actioni renunciâſſe: Dixi: *rem ſubreptam eſſe.* Intellige ab eo, contra quem agitur, vel ab eo, cui iſte, ùt hæres, ſucceſſit. His jam probatis, ſequitur judicialis condemnatio ad rem reſtituendam, vel in ejus defectum ad æſtimationem, quanti plurimi fuit à tempore commiſſi furti, præſtandam, vid. *l. 8. per tot. ff. de condict. furt.*

17 Altera Actio nempe pœnalis, qua civiliter agitur, eſt actio furti, *qua duplum, vel quadruplum rei ablatæ perſequimur.* Eſt Perſonalis, Civilis, ſi agatur ex furto non manifeſto, adeóque in duplum. Prætoria, ſi ex manifeſto, adeóque in quadruplum, vid. *§. 5. b.* juncto *princ. Inſt. de perpet. & temp. act.* Purè pœnalis, *§. fin. b.* Perpetua, non tantùm ea, quæ civilis eſt, ſed etiam (in odium furum) quæ Prætoria, *d. pr. Inſtit. de perp. & tem. act.* Famoſa, *§. 2. in fin. de pœn. tem. litig. Competit autem furti actio* (ſunt verba *§. 13. b.) ei, cujus intereſt* (ſuppone ex juſta cauſa, *l. 11. ff. de furt.) rem ſalvam eſſe, licèt dominus non ſit. Itaque nec domino aliter competit, quàm, ſi ejus interſit, rem non perire.* Competit adeóque non tantùm domino, ſed etiam creditori, conductori, commodatario (idem de eorum hæredibus, *§. 1. de perp. & temp. act.*) ſi res iis oppignoratæ, conductæ, vel commodatæ ex propria culpa ſublatæ ſint, vid. *§. 14. 15. & 16. b.* Illorum quippe maximè intereſt, furtum non fuiſſe commiſſum, cùm, ſi culpam commiſerint, poſſint à ſuis contrahentibus conveniri ad rem reſtituendam: imò creditori hæc actio competit, quamvis furtum eidem commiſſum ſit ſine ſua culpa, quia *expedit ei* (ita diſcurrit Tribonianus in *§. 14. b.) pignori potiùs incumbere, quàm in perſonam agere,* (a) quò etiam facit argumentum, *l. 25. ff. de R. J.* Circa Commodatarium tamen notandum, quòd tunc primùm ei hæc actio indulgeatur, ſi ipſe dominus non velit agere contra furem, ſed actione contractûs contra Commodatarium. Eſt enim (ita tamen, ut, unâ electâ, non liceat ampliùs variare) in electione domini, nempe commodantis, num ipſemet velit agere contra furem, quo caſu actio

(a) Mirabilis; imò impertinens videbitur hæc ratio, cùm per actionem furti non utique incumbat ipſi rei oppignoratæ; ſed pœnæ dupli, vel quadrupli. Tribonianus tantùm intendit allegare rationem, cur creditoris interſit habere actionem furti, quatenus, eſto furtum ſine ejus culpa commiſſum ſit, nihilominus maximè illius intereſt pignori (id eſt cauſæ pignoris, non ipſi rei, ſi ſermo ſit de actione furti) incumbere ob ſecuritatem debiti, quam principaliter cauſa pignoris reſpicit, quæ explicatio magis clareſcet conferenti hunc *§. 14.* cum *§.* præcedenti, ubi datur regula, cui actio furti competat.

actio furti Commodatario, cujus non ampliùs intereſt, denegatur, vel contra ipſum Commodatarium actione commodati, ubi haud dubiè Commodatario actione furti ſuccurrendum, conſul. *§. 16. b.* & *l. fin. C. de furt.* unde *cit. §.* deſumptus eſt, videtúrque derogare, *l. 14. §. 15. ff. de furt. Hopp. in Procem. Inſtit. ad §. 5.* licèt *cit. §. 15.* explicationem non reſpuat, dum non negat commodanti electionem, ſed nudè ab ea præſcindit, vel omninò eam ſupponit. Verùm, cur hæc electio non etiam competit locatori reſpectu conductoris? Ideo, quia conductor debet ſolvere mercedem: econtrà Commodatarius uſum gratìs habet. Cur non debitori reſpectu creditoris? Quia, uti dictum, expedit huic rei oppignoratæ potiùs, quàm perſonæ incumbere. Num competat bonæ fidei emptori? Affirmat Tribonianus in *§. 15. b.* Negat Ulpianus in *l. 14. pr. ff. de furt.* Uterque benè, ille poſt-iſte ante traditionem, quia deficit poſſeſſio. Num competat Depoſitario, ſi ejus culpa lata (de alia enim non tenetur, conſequenter illius non intereſt) furtum commiſſum ſit? Dixeris cum Vinn. & Hopp. ad *§. 17. h.* quòd non, quia culpa lata æquiparatur dolo, *l. 226. ff. de V. S.* ei verò, cujus dolo furtum commiſſum eſt, non eſſe indulgendam actionem furti, dudum jam patet ex *l. 14. §. 3. ff. de furt.* ex ratione, quia nemo ex ſua improbitate actionem conſequi debet, per textum expreſſum in *l. 12. §. 1. ff. de furt.* At vix eſt, ut jura voluerint in favorem furis, qui in dolo formali eſt, & in odium depoſitarii, qui dolum reverà non commiſit, ſed tantùm præſumitur commiſiſſe, culpam latam dolo æquiparare: Hinc tunc ſolummodò in *d. §. 17.* denegatur eidem actio, ſi *dolo malo fecerit.* Accedit, quòd in *d. §.* expreſsè ſupponatur caſus, ubi à deponente non poteſt conveniri, ibi: *qua de cauſa, ſi ei ſubrepta fuerit, quia reſtituendæ ejus rei nomine, depoſiti non tenetur, nec ob id EJUS INTEREST, rem ſalvam eſſe, furti agere non poteſt, ſed furti actio domino competit:* ſi autem commiſit culpam latam, poteſt à deponente; ſeu domino conveniri, conſequenter ejus utique intereſt, & quidem ex cauſa in ſe juſta, quia culpa lata tantùm ex fictione, ſeu præſumptione juris (quæ tamen in favorem furis vix obtinebit) dolus eſt. Quid, ſi depoſitarius ad majorem diligentiæ gradum ſe ſpecialiter obligaverit? Hic ceſſat actio furti, quia ejus non intereſt ex natura ipſius contractûs, quod requiri videtur in *l. 2. §. 24. ff. de vi bon. rapt.* quam tamen Vinn. & Hopp. *loc. cit.* malè interpunctatam ajunt. Notâ dignum eſt, hanc actionem etiam furi quandoque competere, ſi nimirum ejus intererſit ex juſta cauſa, puta ex prævio contractu. Fac, Commodatarium alio modo fuiſſe uſum, vel eum, qui veſtimentum poliendum accepit, illud commodâſſe: fures ambo ſunt, nec tamen exinde eis denegatur

Digitized by Google

actio furti, ſi res furtivè ſubrepta fuerit, vid. *l. 48. §. 4. ff. de furt.* Datur hæc actio contra illum, qui rem contrectavit; nec non contra illum, qui conſilium (actu tamen ſecuto) dedit, vel ſcienter opem tulit, *l. 53. §. 1. ff. de V. S.* vid. exempla in *§. 11. h.* & aliud notabile in *l. 52. §. 21. ff. de furt.* Latiùs Voët. *ibid. n. 7.* In hæredes tamen actio furti, quia pœnalis eſt, non competit, *l. 111. §. 1. ff. de R. J.* niſi lis cum defuncto jam fuerit conteſtata, *arg. l. 139. & 164. ff. eod.* Quòdſi plures furtum commiſerint, datur contra omnes, nec unius ſolutione, uti fit in condictione, reliqui liberantur, *l. 21. §. 9. ff. de furt.* quia tot ſunt delicta, quot delinquentes, *l. 15. §. 2. quod vi aut clam* & tot debent eſſe pœnæ, quot delicta, *l. 5. ff. ſi quis caut. in jud. D. D. Franz h. §. 9. n. 36.* Num obtineat hæc actio ob rem minimam? Furtum fieri in re minima deciſum eſt in *§. 16. de re diviſ.* ubi ponitur exemplum de gallinis. Utrùm autem exinde actio furti, utpote famoſa, competat, adeò promptè non dixeris. Affirmativam, licèt communis, dubiam reddunt ea, quæ habet Bynckershöck *lib. 1. obſ. c. 3.* verùm hæc diſcuſſio curas noſtras ſuperat. (a) Hanc actionem ritè in judicium deductam, quod fit, ſi ex parte actoris fuerit intereſſe, & ex parte rei conventi furtum probatum, ſequitur condemnatio in duplum, ſi furtum ſit non manifeſtum, vel in quadruplum, ſi manifeſtum, quia major audacia magìs eſt punienda, *arg. l. 2. §. 24. ff. de vi bon. rapt.* Imò: dices: Contrarium, diſertè habetur in *l. fin. ff. de Rit. Nupt.* juncta *l. 54. ff. de adm. & per. tut.* ubi delictum palàm commiſſum leviùs puniri, legitur. Benè dicis, ſi de actibus per ſe licitis, & ſub certa tantùm ratione illicitis, ſeu prohibitis, ùt eſt matrimonium inter conſanguineos contractum, ſermo ſit, quia palam delinquens creditur ex ignorantia facere: Non item, ſi de iis loquamur, quæ de ſe, uti furtum, prohibita ſunt. *Hopp. h. ad §. 5.* Verùm, quid erit du- vel quadruplicandum, num verum pretium, num verò tantùm id, quod intereſt? Si ipſa res in furtum ceciderit, ſeu quod in idem recidit, ſi intereſt actoris ratione ipſius rei, ùt, ſi Dominus, Conductor, Commodatarius agant, mul-

(a) Interim oppidò falſum eſt, quod ſcribit quidam Clariſſ. in *d. §. 16.* ob gallinam ſurreptam dari actionem furti. Nam imprimis in *cit. §.* de actione furti nec jota comprehenditur. Deinde non eſt ibi ſermo de gallina una; ſed pluribus, ùt textum inſpicienti patebit; adeóque ſi fortè ſint in magno numero. Allegatur equidem *l. 22. pr. ff. de damno inf.* ubi etiam ob damnum minimum actio indulgetur, ibi: *Eadem erunt, & SI MINIMUM* damnum detur. At textus iſte vagatur extra oleas, quia agit de actione ex cautione damni infecti competente, quæ non eſt famoſa. Sanè neque bonum eſt argumentum: furtum eſt: ergo competit actio furti, ùt innuitur in *l. 52. §. 5. & 6. ff. de furt.* junct. *l. 11. ff. de dol. mal.* Nec viciſſim. *arg. l. 48. §. 5. & 6. ff. d. t.* Negativæ multùm favet. *l. 9. §. 5. l. 10. ff. de dol. mal.* Nec enim eſt minor atrocitas in furto quàm dolo.

Digitized by Google

multiplicatur verum rei pretium, quia illorum intereſt ratione totius rei: ſi verò tantùm uſus, ſeu poſſeſſio ſubverſa fuerit, geminatur tantùm pretium poſſeſſionis, vel fructuum, quia ipſa res, ſeu proprietas abeſſe non cenſetur, ùt optimè dilucidat Ulpianus in *l.46. §.1.ff.de furt.* Inde fluit: quod, ſi creditor agat contra dominum, qui rem oppignoratam ſubtraxit, tantùm geminetur ipſa ſumma debiti cum uſuris, quia illius non intereſt: niſi ratione crediti, *l.87.ff.d.t.* ſi verò agat contra extraneum, multiplicatur verum pretium, quia illius intereſt, ratione ipſius rei, quam domino debet reſtituere, *d.l.87.ff.eod.* Ita tamen, ut teneatur in hoc caſu (ſecùs, ſi ipſe dominus, isque debitor furtum commiſit, *l.79.ff.d.t.*) id, quod ultra debitum, & uſuras conſecutus eſt, domino reddere, vid. *l.22.pr.ff. de pig. act.* quia pignus non reſpicit, niſi ſolam creditoris indemnitatem. Non officit, quòd nec Conductor, nec Commodatarius teneantur, quod hac actione conſecuti ſunt, reſtituere. Nam Conductor mercedem ſolvit; Commodatarius præſtat culpam leviſſimam. Accedit, quòd Commodatarius teneatur exſpectare electionem commodantis, adeóque magis gravetur, quàm creditor, hinc non erit hoc lucrum ei invidendum. Ex dictis facilè colliges, non eſſe convertibilia: fur eſt, ergo datur actio furti, vel viciſſim fur non eſt: ergo non datur actio furti. Nam, ſi filius patri, ſervus domino auferant, furtum eſt, non tamen obtinet actio furti, *§.12.b.* E contrario; Ille, cujus ope & conſilio furtum factum eſt, non poteſt dici fur, quia rem non contrectavit, tamen contra illum competit actio furti, *§.11.eod. Hub.ibid.n.13.* Tædioſa fortaſſis videbuntur, quæ hactenus de actione furti à nobis dicta ſunt, utpote uſui moderno minimè accommodata, ſeu apta: vellemus, probares, quod aſſeris. Certè Stryck. V.M.P. *tit. quod met. cauſ. §.3. & Tr. de act. for. ſect. 1. n. 10 Hopp. ad §.5.b.* longè mitiùs ſentiunt; & ſimul longè aliter decidit *Conſt. Carol. art. 147.* ibi: Soll ihn der Richter darzu halten, ſo es anderſt der Dieb vermag, dem Beſchädigten den Diebſtall mit der Zweyſpalt zu bezahlen. Idem de pœna quadrupli habetur *in art.158.* daß er dem Beſchädigte den Diebſtall vierfältig bezahlen ꝛc. Ac longè aliter teſtatur Brunn. tum ad *l.9.ff. quod met. cauſ. n.20.* tum ad *l.5.ff.commod.* ubi nunquam contra actionem in du-vel quadruplum pronunciatum fuiſſe refert. Quamvis ob inopiam furum rarior apud nos ſit uſus. Hactenus de Actionibus civilibus ad commodum nimirum privatum tendentibus.

Rogas jam, quomodo fur criminaliter ſit puniendus? Olim accuſabatur extra ordinem. Qualiter, & quomodo, ab origine deducit *Vinn.* 18

h. ad §. 5. n. 1. & 2. (a) Jure noviſſimo, eóque Carolino variat pœn pro furtorum varietate. Sint ergo diſtinctæ reſponſiones:

(I.) Furto primo ſimplici, & parvo, nec manifeſto, præter rei reſtitutionem præfixa eſt pœna dupli, ſi habet, ſi non, punitur carcere temporali, ac inſuper tenetur domino ſatisfacere, Urphedam jurare de carcere, vel quidquid paſſus fuerit, contra ullos non vindicando, *Ord. Crim. art. 157.* Dixi: *nec manifeſto:* Si furtum ſit manifeſtum, fur numellis exponitur, virgis cæditur, ac territorio exterminatur, ſi ſit perſona vilis; ſi aliàs honeſta, ut ſit ſpes emendationis, condemnatur in quadruplum, vel ſi non habeat, punitur carcere, jubetúrque domino ſatisfacere, atque cautionem præſtare de carcere non ulciſcundo. Dixi: *parvo;* ſi magnum ſit, pœna eſt arbitraria, quam Judex, adhibitò prudentum judiciô, exaſperabit, non tamen facilè, niſi adſint circumſtantiæ aggravantes, ad mortem extendat, *d. Carol. art. 160.* Dixi: *ſimplici:* ſi enim ſit periculoſum, indiſtinctè coërcetur pœnâ corporis afflictivâ, quæ pro diverſitate, an magnum, vel parvum, manifeſtum, vel non, augetur, vel minuitur, *d. Conſt. art. 159.*

(II.) Furtum ſecundum, ſi utriusque ſumma ſit infra quinque ſolidos, fur numellis exponitur, ac territorio exterminatur, aut in loco, ubi deliquit, æternum manere jubetur, ſi ſuperet quinque ſolidos, eſt rurſus pœna arbitraria, *cit. Carol. art. 161.*

(III.) Furti tertii eſt pœna capitalis, non quidem ob proportionem inter rem ablatam, & vitam hominis, quæ haud dubiè nulla eſt. *Hopp. ad §. 5. b.* ſed ob legis transgreſſionem: ita quidem, ut maſculus la-

(a) Puniebant Veteres alii pœnâ pecuniariâ tantùm, alii flagellatione, alii effoſſione oculorum, aut alicujus membri amputatione, alii gravius, & quidem etiam ultimo ſupplicio. Decemviri fures manifeſtos verberibus affectos in ſecuritatem tradi furtum paſſo; ſervos verò fures cædi, & ex ſaxo præcipitari: Non manifeſtos autem dupli pœna mulctari juſſerunt, fortè imitati in uno ſeveritatem Draconis, qui furta omnia capite plectebat; in altero Solonis lenitatem, qui ea dupli tantùm pœna vindicabat. *Gell. Lib. 11. c. 18.* Prætores pœnam furti manifeſti ut nimis acerbam exiſtimantes, in pœnam quadrupli mutaverunt, pœna dupli in non manifeſto intacta. Succeſſu temporis etiam criminaliter furti agi cœptum eſt, & publicæ vindictæ cauſa extraordinaria animadverſione pro Judicis arbitrio, & qualitate circumſtantiarum fures coërceri placuit, ita ut mediæ Jurisprudentiæ ævo criminalis frequentior fuerit, quàm civilis. *l. ult. ff. de furt.* Moderamen adhibuit Juſtinianus, quo cavit, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abſciſſio infligatur, ſed alia pœna vel pecuniaria, vel exilii &c. dictetur. *nov. 134. c. fin. auth. ſed novo jure de ſerv. fugit.* Imò poſterioribus ſæculis pœnam civilem planè abolitam teſtantur. Fures quinque ſolidorum, vel ultra pœna laquei, minoris verò quantitatis rei ſcopis & forcipe excoriandi, & tondendi decernuntur *2. Feud. 27. §. ult.* junct. *2. Feud. 53. §. 1.* Hæc de jure antiquo & noviori.

Digitized by Google

laqueò ſuſpendatur, fœmina autem aquis ſuffocetur, vel alia pœna capitali pro more Regionis è medio tollatur. *art. 126.* Quæ pœna, eſto de rigore procedat, quamvis tria furta non adæquent quinque ſolidos, vel, etſi fur non fuerit ob priora furta punitus, adeóque non appareat tam aperta incorrigibilitas, in praxi tamen juxta hunc rigorem vix procedi videmus.

Interrogas, num, fure ſuſpenſo, nihilominus obtineat condictio furtiva contra hæredes? Id, quod contra alios aſſerere cum *Hopp. h. ad §. ult.* non dubitamus, quia remedia pœnalia rei perſecutionem non tollunt, vid. *l. 7. §. 1. ff. de condict. furt. l. 54. §. 3. ff. de furt.* quia tendunt ad diverſos fines: neque per mortem ipſi privato, ſed tantùm Reipublicæ fit ſatis. Diſſentit Carpzov. *p. 4. conſt. 32. def. 23.* cujus argumenta refutat Gletle *l. cit. §. 8. num. 27.* Hæc pro generali notitia (exactiori enim hæ paginæ non ſufficerent) dicta ſunto. Plura vide-ſis apud Criminaliſtas, præſertim Carpz. D.D. Blumlacher, & *Illuſtr. D. de Frölichsburg. ad citt. art. Conſtit. Carol.*

TITULUS II.

De vi Bonorum Raptorum.

FUrto non abſimilis eſt RAPINA, à noſtris Robbaria etiam dicta: 1
quis enim magis alienam rem invito domino contrectat (ſunt verba textûs h.) *quàm qui vi rapit:* Hunc meritò improbum furem dixeris, cùm tantum audeat. Interim tamen Rapinam malè, ùt quidam faciunt, cum furto violento confundes: Illa quippe dicitur, cùm vis infertur perſonæ, & plerumque in via publica, *l. 2. §. 24. ff. h. t.* Furtum violentum econtra, quando violentia fit rei, v. g. per effractionem, ùt benè notat *Stryck. in Theſ. Jur. d. t. num. 11.* Eſt autem Rapina *Contrectatio violenta rei alienæ lucri faciendi causâ invito domino doloſè facta.* Dicitur notanter: *Violenta:* violentia enim eſt individuale diſtinctivum Rapinæ à furto, ubi tamen notandum, varias dari violentiæ ſpecies: *Turbativam*, ſeu *Inquietativam*, qua quis impeditur ab uſu ſuæ poſſeſſionis, paritque interdictum, *utrubi* in rebus mobilibus, & *uti poſſidetis in immobilibus. Compulſivam*, qua quis metu adigitur ad aliquid faciendum, vel omittendum; indéque oritur *Actio. quod met. cauſ. Expulſivam*, qua quis planè ejicitur ex poſſeſſione rei immobilis, datúrque dejecto *Interdictum, unde vi, ſeu de vi, & vi arm. Ablativam*, qua res mobi-

Digitized by Google

biles auferuntur: Et hæc eſt hujus loci. Non tamen requiri, credas, violentiam actualem, nam & ille raptor eſt, qui conclave intrat paratô animô, quemquam obvium repellendi, ibíque inventa auferendi, eſto nullus proterviæ illius obſtiterit, *l. 52. §. fin. ff. de furt.* Dicitur *Rei alienæ*, Rei propriæ enim Rapina non committitur, *princ. Inſt. h.* Ergo, inquies, licebit res ſuas, à quocunque poſſeſſore cum non exiguo publicæ tranquillitatis detrimento, violenter extorquere, fieri Judicem, atque Executorem in propria cauſa. Minimè! Imò, etiamſi dominus exiſtimaverit, hoc ſibi licere, & hinc rapinam non committat, *ne tamen hoc prætextu inveniatur via, per quam raptores ſuam exerceant avaritiam, Divalibus conſtitutionibus* (ut ait Tribon. in *§. 1. h.*) *proſpectum eſt, ut nemini liceat, vi rapere, vel rem mobilem, vel ſe moventem, licèt ſuam eandem rem exiſtimet. Et ſi ſi quis contra fecerit, rei quidem ſuæ dominio cadere, ſi autem aliena res ſit, poſt reſtitutionem ejus etiam æſtimationem ejusdem rei præſtare.* Id, quod & in rebus immobilibus, ſuppoſitâ violentiâ expulſivâ, obſervandum eſſe decernit tum Tribonianus in *cit. §. 1. h.* tum Impp. in *l. 7. C. und. vi.* Nam non eſt ſingulis concedendum, quod per Magiſtratum publicè poteſt fieri, ne occaſio ſit majoris tumultûs faciendi: uti ſaluberrimè monet Paulus in *l. 176. ff. de R. J.* Severiùs adhuc procedunt jura cum creditore; Hic enim, ſi res pignore affectas, neglecto juris ordine, temere occupet, non tantùm ex Decreto D. Marci, à Calliſtrato in *l. 13. ff. quod met. cauſ.* relato, jus crediti amittit, ſed inſuper ex Conſtitutione Impp. in *l. 3. C. h. t.* actione vi bonorum raptorum, & juxta Modeſtinum in *l. ult. ff. ad L. Jul. de vi priv.* judicio Legis Juliæ coërcetur. Hunc enim prætextus dominii, vel ignorantiæ, cùm utique ſciat, rem eſſe alienam, non ita excuſat, ſicut dominum. Reliqua definitionis verba patent ex dictis ſuperiùs *de furt. n. 10.* Quibus non officit, quòd competat actio vi bonorum raptorum, quamvis finis lucri non adfuerit, ùt, ſi quis, hominibus coactis, damnum dederit, prout innunt verba Prætoris, relata ab Ulpiano in *l. 2. pr.* & ab ipſo JC. *in §§. ſeqq. 7. 9. & 19. ff. h. t.* expoſita. Nam imprimis nihil ibidem habetur, quòd defuerit animus lucrandi: Deinde non eſt novum, actionem latiùs patere ipſo negotio, unde oritur, uti patet ex *§. ult. de empt. vend.* Neque fortaſſis exiſtimes, verbum *doloſè* in definitione ſuperfluere, cùm omnis violentia videatur hoc ipſo doloſa: Nam poſſe etiam bona fide committi violentiam, indicatur ſufficienter ex *§. 1. h. & l. 2. §. 18. ff. eod.* Porrò ſuppoſito, quòd rapinam committere poſſit, qui furtum, atque in iis rebus, in quibus furtum committi, ſupereſt, ut videamus, quænam ex rapina competant actiones.

Com-

Digitized by Google

Competunt imprimis omnes Actiones tum criminales, tum civi- 2
les, quæ dantur ex furto, Raptor enim eminenter fur dicitur: Idcirco præter actionem criminalem, de qua ad calcem tituli, obtinet condictio furtiva, quæ ſuperiùs definita, & actio furti, ſed hic

Subſiſtis, num actio furti, qua contra raptorem experimur, ſit in duplum, vel quadruplum. In duplum videtur concipienda Paulo in *l. 1. ff. b. t. Qui rem rapuit* (inquit) *& furti nec manifeſti tenetur in DUPLUM.* In quadruplum condemnari vult Papinianus in *l. 80. §. 3. ff. de furt.* ibi: *cùm raptor omni modo furtum facit, MANIFESTUS FUR* (in quem datur actio in quadruplum) *exiſtimandus eſt.* Diſtingue: ſi fuerit in rapina deprehenſus, erit pariter fur manifeſtus, & ideo actione furti in quadruplum, ſi non fuerit deprehenſus, nec erit fur manifeſtus, adeóque tantùm actione furti in duplum condemnandus, & ita utrique JCto ſuam authoritatem ſalvabis. Sed quomodo, ais, poterit raptor, qui perſonæ, quæ utique regulariter non eſt cæca, violentiam infert, non eſſe deprehenſus? Non utique, ùt imaginor, jam oblitus eris, ad faciendum furem manifeſtum, ſolam viſionem, niſi comitetur acclamatio, non ſufficere? Jam, quid ſi ſpoliatus ex timore, vel perturbatione nullatenus ſibi præſens, eam prætermiſit? Quid, ſi rapienti nemo obviam iverit? Profectò dari poſſe raptorem non deprehenſum, imò neque viſum, patet ex unica *l. 52. §. fin. ff. de furt.* ubi talis ſpecies refertur: *Si quis ex domo, in qua nemo erat, rapuerit, actione de bonis vi raptis in quadruplum convenietur: furti non manifeſti, videlicet, ſi nemo EUM DEPREHENDERIT TOLLENTEM.*

Propria deinde actio ex rapina, eſt Actio vi Bonorum Raptorum, 3
quæ eſt *Actio perſonalis prætoria, qua quadruplum rei ablatæ à raptore perſequimur.* Eſt tamen non purè pœnalis, ſed Mixta, id eſt, datur in quadruplum, cui ſimplum, ſeu res ablata ineſt, quoad triplum Annalis, quoad ſimplum Perpetua, & Famoſa, *princ. b. §. 2. de pœn. tem. lit.* Sed quo bono, inquis, introducta, cùm ſuppetat actio furti in quadruplum, eáque pinguior, utpotè purè pœnalis? Imprimis ex genealogia actionum tam mihi, quàm tibi nondum conſtat, utrum hæc actio actione furti in quadruplum non ſit antiquior: Accedit deinde, quòd actio furti non ſemper ſit in quadruplum, ſed primùm tunc, ſi rapina ſit manifeſta. Actio autem vi bonorum raptorum indiſtinctè tendit ad quadruplum, *d. pr. Inſt. b.* de actione furti inſuper dubitatur, utrum detur propter rem minimam, de hac dubium omne eximit, *cit. pr. Inſt. b.* voluit denique Prætor palam facere, ſe habere curam etiam reprimendæ violentiæ, & improbitatis, *l. 3. §. 1. ff. naut. caup. ſtab.* & hanc rapto-

rum improbitatem tranquillitati publicæ ſummè noxiam diſtinctâ actione coërcere. Cæterùm hac actione experiri poſſunt omnes, ad quos vel emolumentum rei, vel uſus, vel periculum pertinet, *§. fin. h. l. 2. §. 22. ff. eod.* Adeóque non tantùm Dominus, ejúſque hæredes, *d. l. 2. §. ult.* ſed etiam conductor, commodatarius, (a) eſto ſine illorum culpa res ſubrepta ſit, cùm ſufficiat vel *modicè* probare ſuâ intereſſe, *d. l. 2. §. 24. Voët. d. t. n. 1.* illorum autem intereſt ratione uſûs, quo ſpoliati ſunt. Sanè ratione culpæ rariùs intereſſet, cùm rapina regulariter abſque culpa poſſeſſoris committatur, conſequenter, ùt vis quaſi major, vix præſtatur, *arg. l. 23. ff. de R. J.* Experitur inſuper & depoſitarius, quamvis rapina ei commiſſa ſit, uti abſolutè loquendo etiam contingere poteſt, ex culpa, ad quam ſe ſpecialiter obligavit, vid. *d. l. 2. §. 23. & 24. ff. h. t.* Ex quibus colliges in hac actione non ſpectari; num ſit In- & Ex bonis: In bonis autem dicuntur eſſe illa, quæ ſunt in patrimonio noſtro, & ſic illud augent, *l. 32. pr. & §. 1. ff. ad L. Aquil.* Ex bonis verò illa hìc dicuntur, quorum uſus, cuſtodia, vel periculum ad nos pertinet, ùt ſunt res locatæ, commodatæ, depoſitæ. *Hopp. ad d. §. ult. h. t.* Colliges ulteriùs hanc actionem latiùs vagari, quàm actionem furti, ob

ma-

(a) At num & hìc competat commodanti electio, an ipſe velit agere contra furem, an contra commodatarium, ſicut in furto ex *l. fin. C. de furt. & §. 16. de obl. quæ ex del. naſc.* non caret difficultate. Videtur quidem, quod ſic, quia, cùm rem gratis commodatarius habeat, non intererit illius, ſi liberetur, dum ipſe commodans contra raptorem actionem eligit. Utuntur & alio argumento, quod ſcilicet hæc actio detur ad quadruplum veri pretii *l. 2. §. 13. ff. de vi bon. rapt.* quod intelligi debet, ſi commodans agat; nam commodatarius non agit ad quadruplum veri pretii, ſed ad quadruplum illius, quod intereſt. *§. 2. h.* Verùm, quoniam etiam commodatarium ad veri pretii quadruplum conſequendum agere poſſe, conſtet tum ex *cit. §. 15. & 16. de obl. quæ ex del.* tum ex *d. §. 2. h.* ubi, licèt non agat ad dominium, quod nunquam prætendere poteſt, agit tamen ad rem ipſam, quæ ex ejus ſubſtantia ablata proponitur, & cujus intuitu commodanti obſtrictus eſt; hæc inſtantia non multùm premit. Revid. dicta *tit. priori n. 17.* Negativæ patrocinari contendunt, quòd *d. l. fin. C. de furt.* ſit correctoria, quatenus jure Digeſtorum actio furti non commodanti, ſed commodatario ſolùm competebat. *l. 14. §. 14. & 15. ff. de furt.* conſequenter non debeat ad caſum rapinæ extendi. Sed neque hæc argumentatio ſatis firma videtur, hoc ipſo, quòd *cit. l. fin.* non tam ſit correctoria, quàm potiùs declaratoria juris dubii, uti textum legenti planum fiet. Siquidem in *d. l. 14. §. 14. & 15.* haud dubiè dicitur competere actionem furti commodatario, ſed non taxativè, & cum excluſione domini. Profectò, niſi dicere velis magis militare æquitatem pro commodatario, cùm major ſit injuria per violentiam, quàm in furto, & hinc etiam debeat eſſe majore favore dignus, ac in furto, vix ejus cauſam tueri poteris, cùm & cauſa domini æquitate non deſtituatur, quatenus illius æquè, imò principaliter, intereſt ratione dominii. & commodatarius non poteſt conqueri, cùm liberetur, & aliunde rem gratis habuerit. Jam elige.

Digitized by Google

majorem raptoris proterviam, *vid. d. l. 2. §. 24. ff. b.* Adeóque non poteſt comparatio in *cit. §. fin. b.* non eſſe in ſenſu accommodo, conſequenter affirmativè, non autem negativè, & è converſo intelligenda. Datur contra raptorem, vel etiam eum, qui rapinæ dolo malo cauſam dedit, *l. 8. §. 4. ff. de furt.* non tamen contra hæredes etiam in tantum, in quantum ad eos pervenit; putavit enim Prætor ſufficere, ſi contra illos extendatur condictio furtiva, *d. l. 2. §. fin. ff. b. t.* per quod deflectit à natura aliarum actionum ex delicto deſcendentium, quæ, ſi rei perſecutionem contineant, dantur contra hæredes ſaltem in quantum ad eos pervenit, *l. 5. pr. ff. de calum.* Si rapina fuerit legitimè probata, unà cum intereſſe actoris, Judex intra annum in quadruplum, cui ſimplum ineſt, poſt annum verò tantùm in ſimplum condemnat, *l. 2. & 4. C. b. t.* Neque Prætoris Edicto ſcandalizaberis, quòd furem, qui tamen minùs delinquit, ultra rei reſtitutionem in quadruplum, tanquam puram pœnam, & in perpetuum, raptorem verò in quadruplum, cui ſimplum ineſt, & tantùm intra annum condemnare jubeat: Quia imprimis homines ad furta proniores ſunt, quàm ad rapinas, & ideo magis puniendi: deinde raptor ſemper poteſt conveniri in quadruplum non item fur, niſi ſit manifeſtus: facit etiam, quòd raptor omnibus actionibus, quibus fur, poſſit impeti. Sanè vix non ænigma tibi erit, ſi dicam, actionem hanc in ſimplum, duplum, triplum, & quadruplum dari. Solve. In ſimplum poſt annum. In duplum, ſi Judæus agat contra Chriſtianum, *l. 6. C. de Pagan.* In triplum, ſi condictione furtiva rem jam fueris conſecutus. In quadruplum regulariter, quod uno caſu eſt purè pœnale, contra illos ſcilicet, qui navicularios diripuerunt. *l. 5. C. de navic.*

Quoad Judicium criminale ſeparandum eſt Jus Juſtinianeum à Nemeſi Carolina. Jure Juſtinianeo aliter puniuntur Expilatores, qui noctu, vel prima face obvios corripiunt, ſpoliántque, aliter Graſſatores, qui prædæ causâ cum ferro aggrediuntur, ac ſpoliant. Illi opere publico mulctantur, vel, ſi ſint honeſtiores, ordine ad tempus moventur, vel fines patriæ excedere jubentur, *l. 1. §. 1. ff. de effract. & expilat.* Iſti, ſi ſæpiùs lapſi ſint, pœnæ capitali ſubjiciuntur, ſin minùs, in metallum damnantur, vel in inſulam relegantur, *l. 28. §. 10. ff. de pœn.* Nemeſis Carolina *art. 162.* ſeveritate magis reſciſsa, decernit, ut quivis malitioſus graſſator gladiô, vel pœnâ mortis aliâ plectatur. Quam conſtitutionem ita intonat Carpzov. *p. 2. quæſt. 9. n. 12.* *Regulam*, inquit, *generalem ponere non dubito; omnis Raptor, ſive Prædator, qui homines vi aggreditur, manúque violenta ſpoliat, gladio puniri, ejúsque cadaver, facta* 4

 exe-

executione, rotæ imponi debet. Vix non nimis altè! *Etſi tantummodò* (pergit *n. 22.*) *ſemel in vita rapinam commiſerit:* Rurſus excedere videtur medicina modum: Mitiora dabit explicans, quis malitioſus Raptor habendus ſit. (a) *Gletle cit. Juriſpr. Terr. Tom. 1. p. 2. c. 3. §. 5. à n. 5.*

TITULUS III.

De Lege Aquilia.

1 SÆpiùs delinquitur, damnúmque datur ſine animo lucri faciendi, &, ſi fiat ab homine libero, ídque in bonis, dicitur DAMNUM INJURIA DATUM, ſi in fama nuncupatur INJURIA in ſpecie: Si damnum detur à ſervo, vocatur NOXIA, ſi verò ab animali, PAUPERIES quaſi damnum patientem pauperiorem faciens, audit. De his omnibus ſuis locis agetur. Hic damnum injuriâ datum, quod Lege Aquilia coërcetur, diſcutiendum occurrit. Lex igitur Aquilia nullatenus damnum cauſat, quapropter imprudenter pro Cauſa Efficiente remota, ùt quidam facit, aſſignatur, ſed datum coërcet. Aquilio enim Tribunoplebis (b) interrogante à Plebe Romana (adeóque originaliter eſt Plebiscitum, *l. 1. §. 1. ff. b. t.* quod cum aliis Lege Hortenſia vim legis obtinuit, *§. 4. in fin. de J. N. G & C.*) modus coërcendi damnum injuriâ datum omnibûs legibûs de ſimili damno tractantibûs abrogatis, præſcriptus fuit. *d. l. 1. pr.* Eſt autem damnum injuriâ datum (quod vocari ſolet in ſenſu jam explicato damnum Legis Aquiliæ) *Doloſa, vel Culpoſa diminutio, ſeu deterioratio rei alienæ.* Ubi ſupponendum ex hactenus dictis, *Cauſam efficientem* eſſe, qui damnum dat; poſſéque damnum dare, qui aliàs delinquere, ſeu, qui doli, vel culpæ capax eſt: hinc ad res damnum paſſas deveniendum.

2 Objectum igitur Damni injuriâ dati tribus olim conſtitiſſe Capitibus ſatis conſtat. At veluti certum eſt, ad *Primum Caput* ſpectare ſervos

(a) Nempe ille, qui ferro, qui SÆPIUS in itineribus publicis graſſatus fuit, quod Jure Juſtinianeo certum eſt. *l. 28. §. 10. ff. de pœnis. Ord. Car. autem cit. art. 162.* ſe refert ad Jus commune.

(b) Non Aquilio Gallo, ùt quidam volunt, formulæ Aquilianæ Authore & JCto Celeberrimo. Hujus enim Legis fit mentio à Q. Murio Scævola in *l. 39.* & à Bruto in *l. 27. §. 22. ff. b. t.* qui Aquilium præceſſerant. Fuit quippe G. Aquilius Scævolæ diſcipulus, teſte Pomponio in *l. 2. §. 42. ff. de O. J.* jungatur de Bruto *cit. l. 2. §. 39. ff. eod.* Qui igitur ſupponendum, Magiſtrum allegaturum Leges Authore Diſcipulo latas.

vos occiſos, & animalia quadrupedum numero venientia, id eſt, quæ gregatim paſcuntur, uti equi, boves, oves, ſues (de quibus tamen dubitabatur, quia fortè cœnô ſe volutantes, in ſtabulis detenti, non ubique gregatim paſcebantur) pariter occiſa, *pr. & §. 1. Inſtitut. b.* ad *Tertiam* verò ſervos vulneratos, vel prædicta animalia etiam tantùm vulnerata, aliáque animalia, puta canem, fellem, volucrem, feras beſtias ſive occiſa, ſive vulnerata, *l. 29. §. 6. ff. b.* verbô res omnes quomodocunque deteriores factas (ut, ſi eas ruperis, fregeris, ſciſſeris, effuderis, miſcueris, laceraveris, maculaveris &c.) præter ſervum occiſum, vel animal quadrupedum numero veniens occiſum, reduci *§. 13. & 14. b. l. 27. §. 5. & ſeqq. ff. eod.* ita tenebris adhuc involutum eſt, quidnam venerit in *Secundo Capite;* hinc non ampliùs in uſu eſſe dicitur in *§. 12. Inſt. & l. 27. §. 4. ff. d. t.* Huberus poſt Paulum Voëtium *Inſtit. ad cit. §. 12.* quem argumentô ſolidiſſimè deductô ex *l. 3. §. 1.* juncta *l. 4. & 5. §. 2. ff. de ſer. corrupt.* ſequitur filius Joannes Voët. *ff. b. n. 5.* probabiliſſimè exiſtimat, actum ibi fuiſſe de ſervo, quoad mores corrupto: quod Caput, introducta poſtea à Prætore actione ſervi corrupti ad duplum, in deſuetudinem abiiſſe, prudentiſſima eſt conjectura. Vid. latiùs memoratus Joannes Voët. *ubi ſuprà.* Quidquid tamen de hoc ſit, non eſt fruſtra ſudandum, cùm in univerſa antiquitate (utimur verbis Noodt. *lib. ſing. ad Leg. Aquil. c. 13.*) de eo capite nil aliud extet, quàm, quod in uſu non eſt: quapropter juxta monitum Ciceronis *de offic. l. 1.* non venditanda incognita pro cognitis, nec multa opera danda in res obſcuras non neceſſarias. Cui dentes pruriunt, adeat præter *Laud. Voët. loc. mox cit.* Cornelium Van Bynkershöck *obſ. l. 1. c. 13.* Tu verò rogas, quò ſpectat homo liber occiſus, vel vulneratus? Propriè ad nullum caput, quia liberi hominis non datur æſtimatio, neque ille eſt dominus ſuorum membrorum: ſi tamen læſus ſit in corpore, datur illi actio in factum, *l. 13. ff. b.* cujus ſenſum, juncta *l. 9. §. 8. ff. de pecul.* exponit *Hub. ff. b. n. 14.* Quid autem intereſt, num res damnum paſſa ad primum, vel tertium caput ſpectet? Maximè, quia in priori caſu ſit æſtimatio quanti maximi fuit intra annum retrò; in poſteriori verò ſolummodò quanti maximi fuit intra triginta dies proximos *pr. & §. 14. b.* Moribus hodiernis hanc differentiam communiter non obſervari, teſtis eſt *Hopp. Uſ. Hod. ad §. 9. b.* Imò Stryck. *V. M. P. ad b. tit. §. 3.* nunquam fuiſſe à Germanis receptam, ſed tantùm æſtimationem præſentem præ oculis habitam, contendit. Nos hoc in medio relinquimus.

Forma requiſitis abſolvitur. Requiritur autem (I.) Dolus, vel 3
Culpa: & tam ille, quàm iſta veniunt nomine INJURIÆ in *pr. Inſt. b.*

Digitized by Google

& l. 2. pr. l. 3. ff. eod. Injuriâ dicitur in hac materia fieri omne id, quod non jure fit, *pr. Inſt. de injuriis.* Hinc ab hoc delicto meritò abſolvunt eum, qui injuſtum aggreſſorem, ſervato moderamine inculpatæ tutelæ, occidit, tum Imperator in *§. 2. b.* tum Ulpianus in *l. 3.* & Gajus in *l. 4. ff. d. t.* Vim enim vi repellere (non tamen aliter, quàm in continenti, quippe aliàs ceſſet periculum) omnes leges, omniáque jura permittunt, ut ait Paulus in *l. 45. §. 4. ff. eod.* Et quod quisque (eſt effatum Florentini in *l. 3. ff. de J. & J.*) ad tutelam corporis ſui fecit, jure feciſſe exiſtimatur: Ut autem ſervatum dici poſſit moderamen inculpatæ tutelæ, debet invaſio fuiſſe injuſta, *l. 3. C. ad L. Cor. de ſic.* ſi enim offenſio eſt juſta, non poteſt defenſio non eſſe injuſta: Et offenſus eſſe in tali periculo conſtitutus, ut aliter, quàm aggreſſorem occidendo, ſe, & ſua (intellige notabilem bonorum partem) defendere non potuerit, *§. 2. b.* in verbis: *Utique ſi aliter periculum effugere non potuerit.* Idem colligitur ex *d. l. 4. §. 1. l. 5. pr. ff. b. l. 9. ff. ad L. Cor. de ſic.* hujus formalia ita ſonant: *Furem nocturnum ſi quis occiderit, ita demum impunè feret, ſi parcere ei ſine periculo ſuo non potuit.* Sed, an tenear fugere? Teneor, ſi fugâ facilè me ſalvare poſſum: ſecùs & in dubio non teneor, quia juxta ordinatam charitatem mihi potiùs, quàm alteri (præſertim invaſori) conſulere permiſſum eſt, *arg. l. 6. C. de ſerv.* Num ob periclitantem famam alterum liceat occidere? Non licet, tum, quia auferri mihi non poteſt, *arg. l. 7. pr. ff. quod met. cauſ.* tum, quia ad illam conſervandam, ſeu ſuo ſenſu redimendam, competunt alia remedia, nempe judicialia, hinc non ſubeſt periculum in mora, conſequenter ceſſat quoad modum defenſionis, vulgatum illud ex *l. 39. ff. de manum. vind.* quòd vita & fama pari paſſu ambulent, vid. *Hopp. b. ad §. 2.* ſecùs dicendum de ſervanda pudicitia, quæ, utpote tum in ſe irreparabilis, tum abſque periculo æternæ damnationis, cùm fœmina taliter oppreſſa ſummo periculo libidinoſæ complacentiæ ac titillationis exponeretur, vix amiſſibilis, invaſoris occaſione haud dubiè defendi poterit. Utinam noſtris temporibus opus eſſet violenta pudicitiæ extorſione! Sanè non tam levi pretio, imò non gratis proſtitueretur! Cæterùm ſi quis in violenta invaſione moderamen inculpatæ tutelæ exceſſerit, eſto delinquat, non tamen hoc ipſo puniendus erit pœnâ ordinariâ, ſed tamen extraordinariâ, cùm difficillimum ſit, juſtum temperare dolorem, *l. 38. §. 8. ff. ad L. Jul. de adult. vid. ord. crim. art. 142. Carpzov. p. 1. quæſt. 29. per tot.* Ex his infertur ulteriùs, Lege Aquilia non coërceri, qui juſto metu (ſecùs, ſi vanus fuerit, *arg. l. 7. §. 4. ff. quod vi, aut clam: Thom. ad Hub. ff. b. n. 1.*) concuſſus incendii arcendi cauſâ vicini ædes intercidit, ita vult Ulpianus in

l. 49.

Digitized by Google

l. 49. §. un. ff. h. t. qui opus in ſuo prædio alteri non ſerviente exſtructum deſtruit, *cit.* Ulpianus in *l. 29. §. 1. ff. d. t.*

4 Dictum fuit ſuperiùs: *Dolus, vel Culpa.* Adeóque damna fatalia (niſi culpa præceſſerit, vid. *l. 30. §. penult. & ult. l. 31. ff. eod.*) huc non ſpectant *§. 3. h.* Exempla videri poſſunt tum caſûs, tum culpæ in *§. 4. & 5. eod.* Aliud notabile affert Laud. Ulpianus in *l. 11. ff. d. t.* de tonſore, qui, pilâ vehementiùs percuſsâ, gulam tondendo præcidit: Culpa verò non tantùm lata, & levis, ſed & leviſſima ſufficit, ut breviſſimis verbis dilucidat memor. JC. in *l. 44. ff. h. In Lege Aquilia*, ait, *& leviſſima* (quem terminum in jure noſtro vix alibi invenies) *culpa venit.* Nec immeritò; nam naturalis æquitas ſuadet, ut, ſi duo certent de damno vitando, melior ſit conditio illius, qui nihil, quàm illius, qui culpam commiſit. Ad culpam leviſſimam reducitur imperitia, vel infirmitas, qua prædominante alteri damnum, quod alius peritior avertere potuiſſet, *arg. §. 1. de obl. quæ quaſi ex contr. naſc.* illatum fuit, ut, ſi quis impetum mularum, aut equorum retinere non valens hominem, vel quadrupedem obtriverit. *§. 8. h. Nec videtur iniquum*, ùt ait Gajus in *l. 8. §. 1. ff. d. t. ſi infirmitas culpæ adnumeretur, cùm affectare quisque non debeat, in quo vel intelligit, vel intelligere debet infirmitatem ſuam aliis periculoſam futuram.* Vix non eſt, ut ab hac regula contra *§. 7. h.* Medicos excipias, qui ferè nunquam ex imperitia in judicium vocantur; quoniam, ùt non nemo dixit: *Errata Medicorum terra occultat, beneficia autem ſol illuſtrat.* Quò ſpectat illud Plinii *lib. 29. c. 1. Eos loquendo fieri vitæ, neciſque noſtræ Imperatores: Noſtróque periculo experimenta per mortes agere,* ubi & hoc addit: *ſoli Medico hominem occidere impunè eſt. Hub. ff. h. n. 12.* Sed parciùs iſta de Medicis, quos alio axiomatico verſu defendimus *ſupra tit. 14. p. 1. n. 6.* Porrò indubitatum eſt, ſi extra contractum, id eſt, ſi à non contrahente culpâ leviſſimâ damnum datum ſit, debere reſarciri, veluti colligitur ex *citt. texx.* qui nullum contractum ſupponunt, ſed ſimpliciter concepti ſunt.

5 Quid autem, ſi à contrahente, qui aliàs non teneretur de culpa leviſſima, putà à conductore, venditore, aut viciſſim, damnum tali culpa datum ſit, num poſſit conveniri Actione Legis Aquiliæ, cùm actio ex contractu deficiat? Dixeris, quòd ſic, textus enim in *d. l. 44.* non diſtinguit. Nec etiam ratio jubet diſtinguere, dum imprimis hæ actiones habent diverſa principia, quorum intuitu conſideratur conventus modò ùt contrahens, modò ùt non contrahens: Et deinde contrahens non debet eſſe melioris conditionis, quàm non contrahens, ſemperque procedet ratio æquitatis ſuperiùs data, quòd melior ſit conditio illius, qui

qui nihil, quàm qui culpam commiſit. Accedit, quòd non ſit novum, in jure dari actionem Legis Aquiliæ, eſto, ceſſet actio ex contractu, *arg. l. 45. pr. ff. locat.* & *l. 5. §. ult. ff. b. t.* in quarum priori, ubi ſervus damnum dedit, competit actio noxalis, eſto, ceſſet actio ex contractu: in poſteriori, ubi Magiſter modum in corrigendo exceſſit, dubitatur de actione ex contractu, non item ex Lege Aquilia. Et ita poſt alios tenet *Facbin. l. 13. contr. c. 74.* & *Zoeſ. b. t. n. 9.* (a) His tamen non obſtantibus, verior videtur Negativa, neque enim leges, quæ culpam leviſſimam in quibusdam contractibus remittunt, debent eſſe verbis poſitæ, eſſent autem verbis poſitæ, cùm in effectu v.g. venditori, conductori culpa leviſſima non eſſet remiſſa, hoc ipſo, quòd actione Legis Aquiliæ, quæ ob æſtimationem quanti plurimi, adhuc durior eſt, poſſent ratione damni culpâ leviſſimâ dati conveniri. Si dicas fortè, adhuc inter actionem Legis Aquiliæ, & ex contractu latere diſcrimen, quòd in illa non veniat culpa omiſſionis, benè verò in iſtis: Parùm ad rem dicis, quia imprimis illud, ùt mox apparebit, nondum eſt in ſalvo: & demum dato hoc: Quid ergo eſt remiſſum in contractibus cum effectu circa culpam leviſſimam: Planè nihil: Remiſſam eſſe, replicabis, culpam leviſſimam in omittendo. Peſſimè replicas, cùm in contractibus ſupra recenſitis culpa leviſſima tam in omittendo, quàm committendo remiſſa eſt, conſequenter, ſuppoſitâ illâ ſententiâ, non ideo ceſſat Actio Legis Aquiliæ in omittendo conſiſtens, quia in contractu eſt, ſed ideo, quia ex natura ipſius actionis non venit. Rationes in contrarium allegatæ, nihil faciunt ad rem. Non *Prima ex l. 44.* deſumpta, cùm aliunde notum ſit, generi per ſpeciem derogari. Non *Secunda*, quia diverſa illa conſideratio, ſeu reſpectus redderet leges culparum, tanto labore excogitatas, planè inutiles, cùm damnum paſſus ſemper, & indiſtinctè, nulla attenta ratione contractûs, Actionem Legis Aquiliæ utpote pinguiorem arriperet. Repones, tunc ſaltem debere contrahentem recurrere ad actionem ex contractu, quando damnum merâ culpâ omiſſionis datum fuit. Rege-

(a) Arguunt ulteriùs: Quidquid poteſt peti actione L. Aquiliæ, poteſt etiam peti actione ex contractu, & viciſſim *l. 13. §. 4. ff. locat. l. 27. §. 11. ff. h. t. l. 18. §. 1. ff. commod. l. 47. 48.* & *49. ff. pro ſoc.* ita ut in effectu præſtetur ubique eadem culpa. Ita illi, qui culpam levem & leviſſimam confundunt. Sed perperam & invita tum æquitate, tum Jurisprudentia hoc faciunt: contra æquitatem namque eſt magis & minùs diligentem æqualiter obſtringi. Vacua inſuper fuiſſet JCtum in diligentiæ gradibus commenſurandis ſollicitudo, ac diſquiſitio, quænam culpa in quolibet contractu ſeu negotio ſit præſtanda. vid. *l. 17. §. 2. ff. de præſ. verb. l. 47. § pen. ff. de legat. 2. §. 2. de ſoc. §. fin. quib. mod. re contr. oblig.* Adeóque ubi deficit inter contrahentes actio ex contractu, deficit etiam actio L. Aquil. Textus contrarii minimè probant, quod intendunt allegantes.

Digitized by Google

gerimus & nos, caſus hos, quos interim gratis ſupponimus, eſſe rariores, adeóque non eſſe præſumendum, leges voluiſſe actiones ex contractu ob damnum datum tantùm facere neceſſarias ob culpam omiſſionis; ſed potiùs dicendum, voluiſſe indiſtinctè culpam tam commiſſionis, quàm omiſſionis cum effectu condonare. Neque hoc ſine ratione æquitatis, quam contrahens pro extraneo (ita eliditur ratio *Tertia)* meretur, utpote, qui faciliùs poteſt culpam committere, quàm non contrahens, dum ille vi contractùs debuit rei, ad alium ſpectanti, ſe ingerere, non item iſte: quapropter negatur, illum eſſe in culpa, qui culpam è legibus remiſſam committit. Argumentum deductum ex *l. 45. pr. ff. locat.* vagatur planè extra oleas, quia ibi ideo ceſſat actio ex contractu, quoniam non ipſe contrahens, ſed illius ſervus damnum dedit, ubi haud dubiè recurrendum ad aliam actionem. Aliter dicendum foret, ſi ipſe contrahens damnum dediſſet. In *l. 5. §. ult. ff. h. t.* Ulpianus ipſe non dubitat de actione ex contractu, veluti patet ex *l. 13. §. 4. ff. loc.* ſed tantùm Julianum, qui fortè etiam dubitavit de Actione Legis Aquil. dubitantem refert.

Advertis ex hic dictis, aliam latere difficultatem, utrùm videlicet 6
etiam culpa leviſſima in omittendo, Lege Aquilia vindicetur.

Aliam eſſe culpam in omittendo, aliam in committendo didicimus ſuprà *tit. 14. p. 2. ſect. 2. §. 3. num. 44.* Ad quæſtionem autem propoſitam eligitur contra *D. D. Franz p. m. h. num. 39. Lauterb. ff. d. t. Th. 10. & alios.* Negativa, (a) eáque ſolidiſſimè probatur ex *l. 13. §. 2. ff. de*

(a) Placeat meliùs dilucidare ſtatum quæſtionis, qui in eo conſiſtit, utrùm qui ex Juſtitia (nam obligatio ex charitate proveniens non huc ſpectat) ad aliquem culpæ gradum obſtrictus eſt, ut damnum ſarciat, ita ut actione ex contractu poſſit conveniri, etiam poſſit conveniri actione ex L. Aquilia, ſuppoſito, quòd damnum dederit ex mera culpa omiſſionis? Ubi certum eſt, poſſe conveniri actione ex contractu, ita eò minùs pœnitet ſententiæ negativæ quoad L. Aquiliam, quò minùs adæquatè hactenus ſatisfactum credimus textui in *d. l. 13. §. 2. ff. de uſufr.* nec non in *l. 6. ff. de dam. infect.* Reſpondent, L. hanc non debere intelligi de damno privativo (diei etiam poſſet poſitivo) quando nimirum res ipſa fit deterior, ſeu corrumpitur, ſed negativo, quando videlicet lucrum tantùm intercipitur, ſeu culpa omiſſionis amittitur, aut impeditur, & hoc in L. Aquiliam non venit, ſed tantùm illud. Jam ex eo, quod uſufructuarius vites non ſubſeruerit, vel ager non proſcindatur, res ipſa non fit deterior, ſed lucrum ſolummodò intercipitur. At vehementer dubito, & dubitabunt, imò non dubitabunt, utpote contrarium experti, omnes agriculturæ periti, quin cultura neglecta ipſa res fiat deterior. Memoria inculta originem, ut ferrum, contrahit: Artifex otio marceſcit: Equi ſtabulo affixi, vel craſſitie contracta pigreſcunt, vel econtra fiunt indomabiles, aut etiam non raro tabeſcunt. Quid ex vineis vel agris, ſi cultura abſit, futurum ſperas? Brevi fient prata loca diſerta, nil niſi gramina & zizanias productura. Deinde quid ad proprietarium interceptio fructuum, quos aliunde ad uſufructuarium, qui ſibi imputare debet, quòd non coluerit, ſpectare ſci-

uſufr. ubi ideo præter actionem Legis Aquiliæ, inventæ dicuntur cautiones prætoriæ, etiam quoad damnum præteritum, *quia ſunt caſus*, inſit JC. *quibus ceſſat Aquiliæ Actio, ideo Judicem dari, ut ejus arbitratu utatur: Nam, qui agrum NON PROSCINDIT* (ea culpa meræ omiſſionis) *qui vites non ſubſerit; item aquarum ductus CORRUMPI patitur, Lege Aquilia NON tenetur.* Accedit, quòd nimis durum foret, teneri ex vero delicto ob meram culpam omiſſionis, etiam leviſſimam, ùt ait Voët. *ff. b. n. 3.* Facit etiam notabiliſſimè, quòd, ſi damnum culpâ omiſſionis datum deberet reſarciri, non fuiſſet opus cautione damni infecti, deberet enim dominus ædium damnum ruinâ datum reſarcire, quod eſt contra textum apertum in *l. 6. ff. de dam. infect.*

His non adverſatur (I.) *l. 27. §. 9. ff. b.* ubi, qui negligenter ignem cuſtodivit, quod utique mera omiſſione fit, Lege Aquilia teneri dicitur (II.) quòd in contractibus utraque culpa veniat, conſequenter idem dicendum videatur de Lege Aquilia, *arg. l. 18. §. 1. ff. commod. & l. 47. §. un. ff. pro ſoc.* (III.) quòd textus non diſtinguant, imò (IV. caſus merè omiſſionis involvant, ùt, ſi quis alimenta non præſtet, adeóque fame necet, *l. 9. §. 2. ff. b. t.* Et demum (V.) quòd jure naturæ omne damnum quâcunque culpâ Theologicâ datum debeat reſarciri. Nam *Primum* potiùs nobis, quàm Adverſariis favet. Ibi enim in Theſi ſupponitur, eum, qui nihil fecit, non teneri, in verbis: *nam, qui cuſtodit, nihil fecit.* Quòd autem in hypotheſi fuerit condemnatus, ideo fit, quia præceſſit factum periculo obnoxium, quod ille in ſe ſuſcepit, debuiſſet enim vel ignem extinguere, vel ita munire, ne evagetur; unde patet, non eſſe meram culpam omiſſionis. (a) *Alterum* ideo nihil evincit, quia ipſi patroni ſententiæ contrariæ admittere debent, non ſemper, & indiſtinctè fieri bonum argumentum ab actione ex contractu ad Actio-

nem

mus? Ad *l. 6. de damn. infect.* reponunt eſſe caſum ſpecialem, cùm refectio domûs ſæpè multis expenſis conſtet; hinc noluiſſe Jura dominum ædium ruina collapſarum ad damnum vicino datum reſarciendum adſtringere; præſertim, cum vicinus ſit in culpa, quòd ſibi non curaverit præſtari cautionem. Jejuna planè, ùt videtur, ratio ſpecialitatis. Sanè ſi incommodum reparationis tam grave accidit, neque poterit compelli ad cautionem, quæ tamen præcisè ideo fuit inventa, quia damnum culpâ omiſſionis datum non debet reſarciri. Ratio, cur damnum ruina datum non debeat reſarciri, eſt, quia res tum animatæ tum inanimatæ citra noſtrum factum non poſſunt nos onerare ultra deditionem. *l. 7. §. 1. ff. d. t.*

(a) Regerunt hic: Factum, quò quis ignem ſubjicit, eſt planè innocens, & culpâ vacuum, conſequenter tam qui ſubjicit, quàm qui illud ſuſcipit, nullam culpam committit. Fatemur, factum de ſe eſſe culpâ vacuum, cùm ignem accendere ſit neceſſitatis, quia tamen hoc facto ponitur cauſa maximi periculi, cum parva ſcintilla ſæpè magnum excitaverit incendium, debent omninò curare, ne ignis evagetur, ſiátque cauſa nocens.

Digitized by Google

nem Legis Aquiliæ per textum inevitabilem in *l. 57. ff. locat.* Si fortaſſis dicere velis, textum non loqui de damno culpâ dato, ſed tantùm extrinſecùs veniente, te ipſum feris, quia, ſi illud damnum citra omnem culpam contingeret, etiam deficeret actio ex contractu. Quòd autem (ad *Tertium*) dentur textus generales, non negamus, ſed & pars adverſa inficias ire non poterit, dari textus ſpeciales, quos allegavimus, negantes venire culpam omiſſionis, de qua tamen (ad *Quartum*) malè intelligitur, *cit. l. 9. §. 2. ff. h. t.* quæ ſupponit factum prævium, quo animal incluſum, vel ligatum fuit, ut non potuerit ſibi ipſi de alimentis proſpicere ad mentem Triboniani in *§. ult. h. t.* ibi: *Si quis hominem alienum, aut pecus ita incluſerit, ut fame necaretur.* Neque (ad *Quintum*) aliud ſuadet æquitas naturalis. Nam vel ille, qui culpam omiſſionis commiſit, tenebatur ex contractu ad certum gradum diligentiæ, vel non? Si hoc, non poteſt obſtringi ad damnum reſarciendum, cùm non ex obligatione juſtitiæ, ſed tantùm charitatis teneatur ad damnum alteri imminens avertendum. Si prius? ad manus adeſt actio ex contractu. Replicabis: Eſto in culpa commiſſionis contra contrahentem competat actio ex contractu, tamen adhuc indulgetur Actio Legis Aquiliæ *d. l. 18. §. 1. ff. h. & l. 18. §. 1. ff. commod.* conſequenter idem erit dicendum de culpa omiſſionis. Valeret replicatio, ſi utrinque pugnaret eadem ratio. Aliam autem eſſe rationem culpæ commiſſionis, quàm omiſſionis, cùm utique magis delinquat, qui committit, quàm qui omittit, nemo inficias iverit, patétque ex eo, quòd minori in committendo delinquenti nunquam ſuccurratur, *l. 37. §. f. ff. de min.* benè verò in omittendo, *l. 2. C. ſi adv. delict.* Et quid ni alia ſit ratio contractûs, alia delicti?

Requiritur (II.) Diminutio, ſeu Deterioratio rei alienæ: Diminutio non tantùm quantitativa, ùt, ſi frumentum, vinum, libros auffe- 7
ram, eóſque Vulcano, vel Æolo tradam, *d. l. 27. §. 15. & 19. ff. h.* ſed etiam & vel maximè qualitativa (id eſt deterioratio) ſi videlicet rem alienam, quoad qualitates corrumpam, vel deteriorem faciam, ùt, ſi vinum aceto commiſceam, vid. *d. §. 13. h.* Unde Legis Aquiliæ reum ſe non facit, qui rem ad uſum deſtinatum applicat, ùt, ſi vinum ebibat, ſi uvas,

cens. Si injectio ignis tam innocens eſt, cur, amabo! colonus, cujus ſervus ignem ſubjecit, & obdormivit, ex locato tenetur, cùm tamen tam injectio ſit factum innocens, quàm obdormitio res naturalis, ac æquè innocens? Planè non alio ex capite, quàm, quia poſitio ignis, niſi cuſtodiatur, oppidò periculoſa eſt: Hæc quippe, non obdormitio, non negligens cuſtodia, eſt cauſa principalis & poſitiva orti incendii, ac damni dati, & uti, qui hanc poſuit, & nec per ſe, nec per alium curavit, ne evagetur, eſt cauſa cauſæ, ita etiam eſt cauſa cauſati, adeóque à primo ad ultimum damnum non provenit principaliter & originaliter ex pravio facto periculo obnoxio.

vel poma matura (ſecùs, ſi immatura, *d. l. 27. §. 25.*) decerpat, vid. *d. l. 27. §. 16. & ſeqq. uſque ad fin. Voët. d.l. à num. 14. uſque ad 26. incluſivè.* At quænam diverſitatis ratio inter uvas (idem de aliis frugibus) maturas, vel immaturas? Eam diſces ex Ulpiano in *d.l. 27. §. 25.* quia, ſi uvæ maturæ decerpantur (non tamen auferantur) nulla domino fit injuria, imò eidem potiùs donantur expenſæ, in perceptionem faciendæ. Quòdſi ſint immaturæ, ejus utilitas intercipitur. Sed fortaſſis alia ſedet opinio Javoleno? Ait ille in *l. 42. ff. de uſ. & uſufr. leg. Itaque, cùm olea immatura plus habeant reditus, quàm ſi matura leguntur, non poteſt videri, ſi immatura lecta ſunt, in fructu non eſſe.* Si hoc? cur non etiam ex eadem ratione ceſſabit, ſicut in maturis, Lex Aquilia. Habes tenebras: lucem dabit ipſe Javolenus, ſi benè perceperis, totúmque textum legeris. *In fructu* (ita incipit textus) *eſſe intelligitur, quod ad uſum hominis introductum eſt, neque enim maturitas naturalis, id eſt, extrema ſpectanda eſt, ſed id tempus, quo magìs colono, dominóve eum fructum tollere expedit.* Vult dicere, in frugum maturitate non tam ſpectatur maturitas in ſe, ſed ea, quæ domino ſufficiens eſſe videtur ad ſuum guſtum, & uſum, cùm igitur in oleis immaturis (inchoata tamen maturitate) major ſit utilitas, quàm perfectè maturis, eas decerpens, nec tamen auferens, non tenebitur Lege Aquilia, ſed potiùs domino expenſas donare cenſetur: *Addat. citat. Noodt d. l. c. 17.*

8 Effectus hujus delicti Proximus eſt obligatio ad damnum, & quidem, ſi culpâ Theologicâ, id eſt, cum advertentia ſit datum, ſtatim, & ante omnem ſententiam, ſi ſine advertentia, adeóque ex culpa tantùm juridica, ſaltem poſt ſententiam (num ante? aliis reſervatur laboribus) reparandum. *Remotus* eſt Actio Legis Aquiliæ, qua damnum injuriâ dans convenitur, ut illud reſarciat. Eſt perſonalis civilis, ex parte actoris (ſaltem quoad veram æſtimationem) rei perſecutoria, quia perſequitur damnum ſibi reverà illatum, ex parte rei, pœnalis, quia oritur ex delicto ſterili, ubi damnificans nullum prorſus ſentit commodum, perpetua, quia civilis: Non tamen famoſa, *arg. d. l. 27. §. 30. ff. h.* Eſtque vel *Directa*, quæ ſcilicet oritur ex verbis legis, ùt, ſi corpore, & in corpus damnum ſit datum, v. g. frangendo, rumpendo: Vel *Utilis*, quæ competit ex mente legis, veluti, ſi corpori quidem damnum ſit datum, ſed non mediante corpore, ùt, ſi pecus incluſum fame periêrit; Vel *in Factum* (quæ ex æquitate Prætoris deſcendit) quando deficiunt tum verba, tum mens Legis, interim tamen damnum illatum fuerit, quod contingit, ſi homo liber damnum paſſus ſit, *d. l. 13. ff. h.* aut, ſi neque corpore, neque in corpus damnum ſit datum, alter tamen hic & nunc dam-

Digitized by Google

damnum patitur, ut, ſi januam aperui, & canis, vel equus aufugerit, quamvis ex miſericordia fecerim, cùm intempeſtiva miſericordia dolo proxima taxetur ab Ulpiano in *l. 7. pr. ff. depoſ.* Hæc diviſio, etſi à Thomaſ. in *Philoſoph. Jur. §. 149.* nec non in Scholiis contra Hub. *h. t. num. 6.* impugnetur, dum ille confundit Utilem, & in Factum, cui meo judicio, vel maximè favere videtur ſpecies facti in *l. 11. §. 5. ff. h.* ubi, eſto in corpus per canis morſum damnum ſit illatum, nihilominùs datur actio non utilis, ſed in factum, tolerari tamen debet, utpote à Juſtiniano in *§. fin. h.* authentizata. Nec enim Thomaſius ignorare potuit, nec Huberus negat, actionem *Utilem*, quandoque in factum, ſed alio ſenſu, vocari, utì patet ex collatione *§. fin. h.* cum *l. 9. §. 2. ff. eod. Hub. h. n. ult. verſ. Atqui.* Vinn. *ad §. ult. h. num. 4.* Exinde tamen malè infertur, eſſe promiſcuè confundendas, cùm utilis hìc ſit Civilis, in factum prætoria. Competit hæc actio damnificato, ejúsque hæredibus, dummodò in re, damnum paſſa, jus reale habuerit, *arg. l. 11. §. 6. & ult. l. 12. & l. 30. §. 1. ff. h.* Adeóque non competit commodatario, conductori, multò minùs depoſitario, *arg. d. l. 11. §. penult. d. t.* Contra damnificantem, *pr. Inſt. h. l. 2. pr. ff. eod.* etiamſi damnum dare noluerit, *l. 5. §. 1. in fin. ff. h.* Non item contra hæredes. Audiendus hic Ulpianus in *l. 23. §. 8. ff. d. t.* *Hanc actionem*, inquit, *& heredi, cæteriſque ſucceſſoribus dari conſtat, ſed in heredem, vel cæteros hæc actio non dabitur, cùm ſit pœnalis* (reſpectu rei conventi) *niſi fortè ex damno locupletior heres factus ſit.* At, mi Ulpiane! quomodò poterit hæres ex hoc delicto, quod ſterile eſt, locupletior fieri! Per accidens; ſi fortè res deterior facta apud hæredes damnificantis permanſerit. Si plures communi conſilio damnum dederint, ſinguli tenentur in ſolidum. *Et ſi cum uno agatur* (ſunt verba Ulpiani in *d. l. 11. §. 2. ff. h. t.*) *cæteri non liberantur; nam ex Lege Aquilia, quod alius præſtitit, alium non relevat, cùm ſit pœna.* Jungatur *§. 4. ibid.* nec non *§. 9. h.* Naturâ enim hæc actio pœnalis viſa eſt, ùt probat Noodt, ubi ſuprà *c. 10. verſ. Ut dixi.* & ex delinquentis perſona abſolutè verum eſt, vid. nihilominùs *Stryk. d. l. §. 21.* (a) Quid, ſi unus vulneraverit lethaliter, alter poſtea exanimaverit, quis de occiſo tenebitur? Regulariter poſterior, juxta ſententiam Celſi, ac Marcelli ab Ulpiano in *d. l. 11. §. 3.* relatam, & approbatam. Limitatur, ſi certum planè eſſet, vulneratum

 ex

(a) Contendit hic Author, ſolutione unius hodie reliquos liberari, cùm non ampliùs ſit pœnalis; hoc ipſo, quòd noſtris moribus non habeatur ratio æſtimationis retrò faciendæ, ſed præcisè conſideretur reparatio damni. Verùm, licebit, pace tanti Viri, de hac doctrina dubitare, ſiquidem actio Leg. Aquil. non tantùm ideo pœnalis dicitur, quia æſtimatio fiebat ultra damnum, ſed etiam, quia ex delicto oritur: ex parte

ex priori vulnere fuiſſe filium mortis: quo caſu uterque de occiſo tenebitur ad mentem Juliani in *l. 51. pr. ff. h. D.D. Franz p.m. ibid. num. 47.* Licèt Thomaſ. ad Hub. *ff. h. num. 4.* Celſum cum Juliano committat, ductus, *arg. l. 21. §. 1. ff. d. t.* ubi in occiſionibus ſervorum inter ſe diſſenſiſſe patet. Noodt *loc. mox cit.* Julianum carpit, quem tamen defendit Voët. *ff. h. n. 9.* Idem dicendum, ſi in rixa homicidium contigerit, & non ſciatur, quis occiderit, *d. l. 11. §. 2. d. l. 51. §. 1. ff. eod. Laud. Author num. 48.* Quæ ſententia, quamvis in ordine ad pœnam pecuniariam procedat, quoad pœnam tamen capitalem ſatis dura videbitur conſideranti, debere certò conſtare de delinquente, *arg. l. fin. ff. de probat. vid. Gail. 2. obſ. 199. num. 1.* Quid, ſi homo ita lethaliter vulneratus ruinâ, vel naufragiô periêrit? Reſp. vulnerantem non teneri de occiſo, quia ruina non eſt paſſa apparere, an ſit occiſus: ita prudentiſſimè decidit Ulpianus in *l. 15. §. 1. ff. h.* Porrò Actione hac ritè in judicium deducta, atque probata (quidnam probari debeat, haud difficulter colliges ex dictis) condemnat Judex ad damnum datum reparandum facta æſtimatione (non tamen ſecundùm pretium affectionis, ſed veritatis, *l. 33. pr. ff. h.*) quanti plurimi res fuit intra annum retrò, ſi agatur ex primo capite, vel intra triginta dies proximos, ſi ex tertio. Et quidem ita, ut non tantùm habeatur ratio ipſius corporis perempti, ſed inſuper omnis damni inde ſecuti, ejúsque, quod intereſt, per textus apertos in *§. 10. h. l. 21. §. f. l. 22. & 23. pr. ff. eod.* Imò, ſi reus negaverit, ſe dediſſe damnum, & de mendacio fuerit convictus, in duplum condemnatur, *§. 26. de act.* Quid, ſi homo liber occiſus, aut vulneratus ſit? Si occiſus, cùm liber homo æſtimationem non patiatur, *l. 3. ff. ſi quadr. paup. fec. dic.* non actioni Legis Aquiliæ, ſed remedio Legis Corneliæ dabitur locus, caſu, quo dolus interceſſit, ſecùs pœna erit lenienda, *l. 1. §. 3. l. 7. ff. ad L. Cor. de ſic.* Non eſt tamen hæredibus, juxta ſuperiùs notata, deneganda actio in factum contra homicidam ad ſolvendas impenſas in medicos factas, nec non ad alimenta iis, quos defunctus alere ex officio ſolebat (non tam quà hæredibus, quàm quà per necem defuncti immediatè læſis) habita tamen ratione ætatis, quò ſuo modo ſervire poterit, *l. 68. ff. ad Leg. Falcid.* ſubminiſtranda. *Vinn. ad princ. Inſt. h.* Si

vul-

re delinquentis, cùm naſcatur ex delicto ſterili, ſemper pœnalis eſt, manétque talis hodierno uſu; ità ut quilibet conveniatur ex ſuo proprio delicto. Neque eſt, quòd timeamus paritatem de actione, quod metûs cauſa ex *l. 14. & 15. ff. quod met. cauſ.* vel de effuſo aut ejecto, *l. 1. §. f. & ll. ſeqq. ff. de iis, qui effud.* Nam illa ſua natura eſt rei perſecutoria, & tamen per accidens, nimirùm ſuppoſitâ contumaciâ, pœnalis: Iſta oritur ex culpa non propria, ſed imputativa: Actio Leg. Aquil. vero eſt de ſe pœnalis, & ex facto proprio.

Digitized by Google

vulneratus! deciſio deſumi poteſt ex Gajo in *d.l.3.ff. ſi quadr.paup.fec. dic.* *Sic licet* (ſunt verba textûs) *ut non deformitatis ratio habeatur, cùm liberum corpus æſtimationem non recipiat, ſed impenſarum in curationem factarum, & operarum amiſſarum, quáſque amiſſurus quis eſſet, inutilis factus.* Num ſaltem in puella, cujus pulchritudo ſæpè dos eſt, non ſit habenda ratio deformitatis. Cave, ne negando, puellarum odium in te concites, cùm damnum difficilioris matrimonii, quod, amiſſa pulchritudine, ſubſequitur, æquè ſit pretio æſtimabile, atque damnum operarum ceſſantium! Sanè puella non minùs & meritò, occaſionem nubendi, quàm artifex ſuas operas æſtimabit. Nec etiam negligenda planè erit ratio doloris, quem læſus ſuſtinuit, cùm ex dolore augeri ſoleat damnum homini illatum. Quæ res fundamentum habet in *Conſt.Crim.art. 20.* ubi ob torturam iniquè illatâ etiam doloris ſit mentio, ibi: Seiner Schmach, Schmertzen, Koſten, und Schaden der Gebühr nach Ergäntzung zu thun ſchuldig ſeyn. *Stryck. ubi suprà §. 10.* Cæterùm cum actione Legis Aquiliæ concurrere aliàs actiones, tam ex contractu, quàm delicto, tum civiles, tum criminales, dabimus infrà, ubi agendum de libello. Interim *vid. D.D. Franz p. m. b. num. ult.*

TITULUS IV.

De Injuriis.

Generaliter Injuria, ùt *priori tit. num. 1.* notavimus, dicitur omne id, quod non jure ſit, hic autem ſumitur ſpecialiter, ubi contumeliam à contemnendo dictam denotat, *pr. Inſt. b.* Eſtque *Delictum privatum, quo fama, vel exiſtimatio alterius dolô malô læditur.* 1

Alia eſt *Verbalis.* Alia *Realis.* Verbalis rurſus, *vel talis in ſpecie*, quæ verbis ore prolatis, vel *Scripta*, quæ ſcripturâ, picturâ, vel ſculpturâ patratur: Quod rurſus dupliciter fieri poteſt, ſcilicet vel objiciendo crimen non capitale, *Vinn. ad §. 1. b. num. 8.* vel capitale quidem, ſed tecto nomine injuriantis, & dicitur injuria *Scripta in ſpecie*, vel objiciendo crimen capitale nomine injuriantis non appoſito, vocatúrque *Famoſus Libellus.* De quo infra. *Realis*, quæ factô contumelioſô, v.g. pulſando, verberando, ad invidiam alterius veſte lugubri utendo, barbam demittendo, capillos ſubmittendo (cur hoc injurioſum fuerit, (a) vid.

(a) Hæc res, inquit *Huber.* ad notiſſimum Veterum morem ſpectat, quo non modò rei criminis, ſed & omnes ſanguine, vel affinitate propinqui miſerationis captandæ gratiâ

vid. Gothofr. ad §. mox citand. Hub. h. num. 2.) virgini invitæ oſculum rapiendo committitur, vid. *§. 2. h. l. 15. §. 27. ff. eod. Hopp. ad §. 1. h.*

Alia Gravis, alia Levis. *Gravis* eſt vel de ſe *talis*, putà, ſi gravitet exiſtimatio alterius verbis vel factis lædatur, veluti, ſi quis ab alio vulneretur, fuſtibus lædatur, vel ex *circumſtantiis*, tum *Loci*, ſi in theatro, in foro, vel conſpectu Prætoris, vel *ſitûs corporis*, v. g. in oculo, tum *Perſonæ*, tam Inferentis, ſi ſit vilis, quàm Patientis, fortè in dignitate conſtitutæ, aut Parentibus à libetis, Domino à ſervis. *Temporis*, ſi ludorum, conviviorum, vel nuptiarum tempore illata ſit, vid. *§. 9. h. l. 7. §. ult. l. 8. l. 17. §. 3. ff. d. t.*

2 Injuriam inferre poteſt, qui doli capax (en Cauſa efficiens) ſeu, qui aliàs delinquere, *arg. l. 3. §. 1. ff. eod.* ſive per ſe, ſive per alium, quia, quod quisque per alium facit, per ſe ipſum feciſſe cenſetur, *cap. 68. de R. J. in 6.*

Subjectum eſt ille, cui infertur injuria. Inferri autem poteſt generaliter cuilibet, etſi non ſit doli capax, non enim, ſicut ad inferendam, ita ad ferendam injuriam dolus requiritur, *d. l. 3. §. 1. ff. h.* Adeò quidem, ut etiam mortui, qui moraliter per bonam famam vivere cenſentur, ferendæ injuriæ capaces ſint, *l. 1. §. 4. & 6. ff. d. t. Stryck. ad V. M. P. eod. §. 13.* conſequenter ab hæredibus erit vindicanda, *d. l. & §§.* juncta *l. 27. ff. eod.* Porrò nec tantùm per ſe, ſed etiam per alium, poteſtati ſive patriæ, ſive dominicæ, ſive maritali, aut etiam jurisdictionali, vel domeſticæ ſubjectum, ſuppoſitô, quòd injuria relationem habeat ad ejusmodi perſonas ſuperiores, injuriam quis patitur, quia, ſi hoc, non tam alienam, quàm propriam contumeliam perſequi cenſetur, *l. 1. 2. & 3. ff. de liber. cauſ. vid. Voët. ff. h. num. 6.* Hinc injuria filiofamilias illata in patrem; ſervo in dominum: uxori in maritum (ſed non viciſſim, cùm uxores à viris, non viri ab uxoribus, ſub quarum eſſe imperio turpe eſt, defendi æquum videatur Paulo in *l. 2. ff. h.*) illiúsque patrem, id eſt, ſocerum, *§. 2. & 3. h.* ſponſæ in ſponſum, *l. 15. §. 24.* famulo in herum, Religioſo in Monaſterium, *arg. l. 15. §. 48. ff. h.* redundat. Imò injuria, uni illata, poteſt tres vel quatuor perſonas afficere, ùt, puta, uxori meæ filiæfamilias injuria facta eſt: & mihi, & patri ejus, & ipſi uxori injuriarum actio competere incipiet, neque unius actione inſtituta alterius actio perimitur: eſt reſponſum Ulpiani in *d. l. 1. §. ult.*

tiâ veſtem ſordidam induere, barbam alere, capillum ſubmittere ſolebant, quò etiam facit *l. 39. ff. eod.* ubi modus huic rei ſtatuitur. Si quis igitur tali habitu ſordidatus in publicum prodierit, quaſi alterius periculum lugens, cùm non eſſet reus, meritò injuriæ accuſabatur.

Digitized by Google

ſ. ult. ff. h. modò injurians ſciverit qualitatem perſonæ injuriatæ, aliàs deficit animus (qui tamen requiritur arg. *d. l. 15. ſ. 48.*) illum injuriandi, ſub cujus poteſtate injuriatus exiſtit, *l. 18. ſ. 4. ff. d. t.* Num volenti poſſit inferri injuria? In regula eſt deciſa Negativa, à laud. Ulpiano in *d. l. 1. ſ. 5. ff. h. in fin.* in verbis: *Quia nulla injuria eſt, quæ in volentem fiat*, éſtque canonizata in *c. 27. de R. J. in 6. ſcienti, & conſentienti non fit injuria, neque dolus.* Sed cum grano ſalis hoc accipias velim, ſcilicet quoad ea, in quibus injuriatus potis eſt juri ſuo renunciare, puta, quoad famam, quoad bona, ſeu facultates, quæ omnia, uti dilapidare, ita etiam permittere poteſt, ut ſibi abſque læſione juris, cui jam renunciavit, auferantur: Non item in aliis, unde, etſi filiusfamilias conſentiat in ſui venditionem, vel alius in amputationem membrorum, maritus in adulterium cum uxore committendum, nihilominus erit injuria, quia ille non poteſt præjudicare patri: alter non eſt dominus ſuorum membrorum, *l. 13. ff. ad L. Aquil.* iſte violaret leges matrimoniales, quæ, juxta dicta de Nuptiis, jus inter unum tantùm, & unam reſpiciunt. Neque dictis officit reſponſum Ulpiani in *l. 9. ſ. 7. ff. de pecul.* ibi: *Licèt enim etiam ſervis* (multò magis & liberis) *naturaliter in ſuum corpus ſævire:* Utpote ex Stoico principio deſumptum, & tantùm de facultate naturali (ex inſtinctu naturali, qui & brutis communis eſt) non de æquo, & bono intelligendum eſt. Circa maritum (vel viciſſim) ultra ea, quæ diximus *loc. mox cit. n. 29.* Latiùs oſtendit Reverendiſſimus ac Magnific. P. Cœleſtinus Mayr *Tract. de J. & J. quæſt. 2. art. 2. ſ. 2. num. 10.* non poſſe conjuges juri maritali renunciare. Saltem (dices cum *Hub. h. num. 1.*) conſentienti non dabitur actio injuriarum, cùm in datis exemplis non injuriato, ſed tertio, nimirum ſuperiori, ad quem jus, cui injuratus renunciare nequit, pertinet, fiat injuria, adeóque poterit ſuo proprio juri renunciare. Poſſet, ſi illius potentia, & voluntas non eſſent ſuperiori, cui ſe conformare debet, ſubordinata. Verùm, replicabis, quis eum coget ad agendum, ſi actionem injuriarum velit remittere? Nemo: interim manet injuria, etiam ipſi illata, potéſtque tam parùm ſe (ante injuriam commiſſam) obligare ad non agendum, quàm parùm filiusfamilias, qui actu ſolvendo SCto Macedoniano renunciare poteſt, ſe ad non utendum ſuô privilegiô obſtringere, ſubeſt enim periculum, ne ejusmodi renunciationibus detur anſa malis hominibus earum prætextu ad libitum per injurias graſſandi, violandíque jura ſuperioris, quod præcipuè timendum foret in adulteriis.

Forma injuriæ conſiſtit in doloſa læſione famæ, vel exiſtimatio- 3

nis alterius, quod non tantùm contingit, ſi immediatè dignitas, vel fama tangatur, *l.* 1. *ſ.* 2. *ff. h.* ſed etiam, & vel maximè, ſi corpus lædatur, aut etiam bona, puta, ſi quis ſine cauſâ re noſtra, vel communi, aut publica nos uti prohibeat, *l.* 13. *ſ. fin. l.* 24. *ff. eod.* Dixi *Doloſa.* Abſque dolo enim injuria non committitur, *d. l.* 3. *ſ.* 1. *ff. l.* 5. *C. h. t.* Hinc injuriam non committit, qui per jocum, vel ignorantiam probrum fecit, vel dixit, *l.* 3. *ſ.* 2. & 3. *ff. eod.* Qui ex lineamentis aliquem furem eſſe, qui non erat, conſultus reſpondit *l.* 15. *ſ.* 13. *ff. d. t.* Qui verum crimen publicæ ſalutis causâ (ſecùs, ſi ex privato rancore, *d. l.* 5. *C. h.*) legitimè denunciavit, *arg. l.* 18. *pr. ff. eod.* In dubio tamen dolus (niſi verba, vel facta de ſe, aut ex conſuetudine loci, ùt, ſi *homo bonus* cornutum ſignificaret, ſint injurioſa) non præſumitur, ſed procedit generalis regula, quòd quilibet præſumatur bonus, donec probetur malus, *l.* 51. *pr. ff. pro ſoc. cap. ult. de præſumpt.* quapropter, qui injuriatum ſe putat, declarationem petere ab injuriante poterit. Quòdſi verba, vel facta de ſe ſint injurioſa, nullatenus excuſat proteſtatio (v. g. mit Ehren zu melden, du biſt ein Lugner) utpote, quæ facto contraria nihil operatur, *arg. c.* 54. *de appell. Hopp. ad pr. h.* Sed quid, ſi verbis injurioſis appoſita ſit conditio? Si fiat ſine ulla neceſſitate, vel opportuna occaſione, v. g. ſi dicam: *ſi tua uxor ſcortatur, tu es cornutus*, manet injuria, cùm non abſit alius, quàm vexandi finis: ſecùs, ſi oblata quadam occaſione fiat, v. g. ſi audiens de Titio quid mali dicat: *ſi res ita ſe habet, profectò eſt inſignis deceptor*, hæc locutio occaſionalis excuſat animum injuriandi. *Titius in Theſ. Jur. h. num.* 18. Multò minùs dolus præſumitur in Præceptoribus, Magiſtris, aliiſque Inſtructoribus, quamvis in corrigendo modum exceſſerint, quia non injuriandi, ſed corrigendi animo feciſſe credendi ſunt, *vid. l.* 5. *ſ. ult. ff. ad Leg. Aquil. l.* 13. *ſ.* 4. *ff. locat.* juncta *d. l.* 15. *ſ.* 38. *ff. h.* Quid, ſi aliquid narranti objiciam dicendo: non eſt verum, quod dicis? Licèt talis reſponſio ſatis ſit inhumana, injurioſa tamen non eſt, quia non dico, quòd ſcienter falſum dicas, veluti, ſi dicam, mentiris; ſed tantùm, quòd aliter res ſe habeat, quàm ipſe narras, vel informatus es? Dixi: *læſione famæ, vel exiſtimationis;* Læditur autem fama, vel exiſtimatio variis modis, puta, non tantùm pulſando, verberando, vulnerando, loquendo, ùt ſuperiùs diximus, (a) ſed etiam geſtibus, ùt,

ſi

(a) Quibus adde, ſi quis cantilenam famam lædentem recitet, quæ Paulo *lib.* 5. *receptar. ſent. tit.* 4. *ſ.* 15. Pſalterium dicitur; ſi turpibus verbis utatur coram honeſtioribus (præſertim verò matronis, aut virginibus) *d. l.* 15. *ſ.* 21. ſi concubitum

cum

ſi linguam exeras, oculos diſtorqueas, medium digitum alicui oſten-
das. *D.D. Franz b. num. 9.* ſi virginem (idem, ſi honeſtam matronam,
non tamen notorium proſtibulum) appelles, *l. 15. §. 15. ff. b.* virginem
autem appellare nil aliud eſt, quàm attentare illius pudicitiam, *d. l. 15.
§. 20.* juncta tamen *l. 22. & 23. ff. b.* (a) ſi non debitorem quaſi debi-
torem propales, *d. l. 15. §. 33.* ſi defectum corporis, vel animi, v. g.
objurgando, quòd ſit cæcus, luſcus, ingratus, ſtultus, alicujus con-
temptûs causâ objicias, *arg. d. l. 15. §. 5. & 6. ff. eod.* Plures caſus ha-
bentur in *§. 1. & 11. b. in l. 1. §. 1. & 2. l. 5. & §. 1. l. 11. §. 3. 4. 5.*
& præſertim *l. 15. ac paſſim ff. b.* quos enumerare nimis longum foret.

Effectus injuriarum *Proximus* eſt obligatio ad faciendum ſatis tam 4
injuriato, quàm Reipublicæ, cujus authoritas per ejusmodi exceſſus
non parùm læditur, olim erat propter membrum ruptum talionis pœ-
na, v. g. vita pro vitâ, dens pro dente, oculus pro oculo. *Exod. 21.
v. 23. & ſeqq.* In levioribus ſucceſſit pœna 25. aſſium; unde Neratius
homo egregiè improbus pœnam hanc ludibrio habens, ſervum pecuniâ
onuſtum ſecum ducebat, ut, cui animi causâ alapam infligeret, ſtatim
pro ſatisfactione numerarentur 25. aſſes, ùt ex Gellio refert Heinec. in
Antiquit. Rom. b. §. 4. *Remotus* ſunt actiones tum Civiles (intellige hìc,
prout agitur ad commodum privatum, non prout opponuntur Præ-
toriis) tum Criminales. Civilium duæ ſunt Pœnales, altera Rei per-
ſecutoria. Prima pœnalis, eáque generalis, quippe competens in om-
nibus injuriis, eſt Actio Prætoria Injuriarum, quæ *eſt Actio perſonalis*,

 qua

cum fœmina honeſta habitum (Et multò magis, ùt non raro audivimus) ſi falsò
jactat *arg. c. 9. de exceſſ. Prælat.* Non tamen injuriarum tenetur, qui honores
alicui decernendos impedivit; aliud enim eſt contumeliæ causâ quid fieri, aliud ho-
nores impediri, inquit Labeo apud Ulpianum in *l. 13. §. 4. & 5. ff. b.*

Curioſus indagas: Quid igitur fuerit Pſalterium? Erat inſtrumentum muſicum,
quod Scurræ urbicarii proferebant in Scenam proludiíque loco ea canebant, quæ
δεικτήρια, vel dicteria appellabantur. Unde & dicterium pro maledicto, & Pſal-
terium pro ipſo dicterio accipitur. Ita poſt Scalig. *Heinec. b. §. 5. in not. lit. f.*

(a) At quid ſibi volunt verba *§. 1. b. Sive quis matremfam. aut prætextatum, prætex-
tatámque* (à prætexta, quæ erat veſtimenti genus adoleſcentibus, pueris & puel-
lis ingenuis proprium dictos) *adſectatus fuerit, ſive cujus pudicitia attentata di-
catur.* Non adeò abludunt iſta à noſtris moribus! Senſum cape: ſi quis puero
prætextato prætextatæque puellæ abducto, vel corrupto comite ſtuprum perſuaſiſ-
ſet, injuriæ fiebat reus. Non enim ſolebant ejusmodi adoleſcentes ſine comite,
ſeu cuſtode in publicum prodire, ut tuti forent ab inſidiis pudicitiam attentantium.
Huc faciunt, quæ habet Ulpianus *in l. 15. §. 15. & ſeqq. ff. b. t.* Utinam & hodie
pudicitia tam ſedulò cuſtodiretur!

qua injuriatus agit adverſùs injuriantem, ut in pœnam pecuniariam à ſe in libello expreſſam condemnetur. Prædicata habet, quòd ſit Perſonalis, Prætoria, Pœnalis, *§. 10. h. arg. l. 2. §. 4. ff. de collat.* (quidquid, aliquot rationibûs adductìs, contrà ſentiat Titius in *Theſ. Jur. h. n. 32.*) Adeóque Annalis, Famoſa, *§. 2. de pœn. tem. lit. l. 1. l. 4. §. fin. ff. de his, qui not. infam.* Poterit tamen Actor, ſi velit mitiùs procedere, ut parcatur famæ (quod in injuria levi vel maximè commendandum) & actione in factum, id eſt, omiſſa mentione doli, experiri. Imò, ſi agat contra illum, cui ad reverentiam tenetur, ùt ſunt liberi, liberti, vaſalli, ſubditi, debet ad actionem hanc mitiorem concurrere, *arg. l. 11. §. un. ff. l. 5. C. de dol. mal.* Ita intellige, *l. 7. §. 4. l. 11. §. 7. ff. h. l. 2. ff. de obſ. par. & patr. præſt.* Cæterùm ex data definitione ſatis patet, hanc actionem competere injuriato, *§. 10. h.* non item (niſi deſuper lis ſit à defuncto conteſtata) hæredibus, *l. 13. pr. d. l. 15. §. 14. ff. h. t.* quia vindictam ſapit, quam injuriatus, niſi in vita egerit, cenſetur remiſiſſe, *d. l. 2. §. 4. ff. de collat.* ſi injuriatus ſit ſub poteſtate patria (vel olim dominica) patri, vel domino hæc actio competit, non filio, niſi pater abſit, vel habeatur pro abſente, v. g. ſi ſit furioſus, *vid. l. 17. §. 10. & 12. ff. h.* Contra injuriantem, non item (niſi rurſus lite conteſtata) contra hæredes, *d. l. 13. pr. d. l. 15. §. 14. ff. d. t.* quia pœnalis eſt, ac famoſa. Patet, inſuper dari ad ſummam in libello expreſſam: ſalva tamen Judici facultate moderandi, pro qualitate injuriantis, atque injuriati, exorbitantiam Actoris, *arg. §. 7. h.* eique juramentum taxationis (ubi tempus injuriæ illatæ attendendum, *l. 21. ff. h.*) deferendi, ita capienda eſt, *l. 37. ff. h. Gail. 2. obſ. 102. n. 10. & 11.* Cave tamen, ne libellum concipias, directè famam æſtimando, v. g. *famam mihi ablatam, vel læſam tanti, vel tanti æſtimo*, cùm ſit pretio inæſtimabilis, ſed ſoleat concipi in ordine ad amiſſionem, vel non acquiſitionem, v. g. *libentiùs vellem millibus florenis carere, vel nollem mille accipere*, Ich wolte lieber tauſend Gulden verliehren, als diſe Schmach auf mir ligen laſſen: oder ich wolte nicht tauſend Gulden annehmen, und diſe außgegoſſene Injurien auf mir ligen laſſen. Prior modus tutior eſt juxta *cit. Gail. 1. obſ. 65. num. 2.* Actione legitimè, nempe per circumſtantias facti, loci, temporis, de quibus *l. 7. pr. ff. h. t. l. 3. pr. ff. de Accuſat.* probatâ, ſequitur condemnatio ad normam in libello expreſſam, vel aliàs debitô modô taxatam.

5 Altera pœnalis Actio eſt civilis ex Lege Cornelia, *qua is, qui ſe pulſatum, verberatum, vel domum vi introitam conqueritur, petit, ut reus conventus in pœnam pecuniariam à ſe expreſſam condemnetur, §. 8. h. l. 5. pr. ff.*

Digitized by Google

ff. eod. Eſt Perſonalis Civilis, conſequenter Perpetua, Pœnalis, Famoſa. Differentia à priori rurſus elucet ex definitione, cùm hæc ſit Civilis, & Perpetua, illa Prætoria, & Annalis: Hæc competit tantùm in tribus enarratis caſibus, illa in omnibus omninò injuriis tum realibus tum perſonalibus. Sed quodnam inter pulſare, & verberare diſcrimen? Iſtud fieri dicitur in *d. l. 5. §. 1. ff. h.* cum dolore, fortè virgis, vel baculis: illud ſine dolore, v. g. aliquem à ſe tundendo.

Actio Rei perſecutoria, quæ moribus priùs introducta, ac poſtea *Ordin. Camer. p. 2. tit. 28. §.* Und ſonderlich *4.* approbata, eſt Actio ad Palinodiam, ſeu Recantatoria, *qua verbaliter, ſeu etiam ſcripto-tenus injuratus* (realis enim injuria ampliùs recantari nequit) *experitur contra injuriantem, petitque, ut injuriam recantet, ſeu revocet.* Quòd hæc Actio perſonalis ſit, ac perpetua, apud omnes eſt in confeſſo. 6

Sed, num Civilis, vel Criminalis, num Rei perſecutoria, vel Pœnalis, non tam facilè divinaveris; quia in actione civili agitur ad commodum pecuniarium actori applicandum: quod in hac actione non obtinet. Neque perſequor id, quod mihi deeſt, qui tamen eſt finis actionis Rei perſecutoriæ; cùm utique fama, quæ à meis propriis moribus dependet, iiſque, ſi boni ſint, conſervatur, ſi mali, deturpatur, *arg. l. 5. §. 3. ff. de extraord. cognit.* verè mihi auferri non poſſit, *l. 3. C. h.* His tamen nullatenus obſtantibus, Civilem, & Rei perſecutoriam, *cum Hopp. Uſ. Hod. ad §. 7. h.* dicimus, cùm utique Actor non agat ad Pœnam corporis afflictivam, vel pecuniam Fiſco ſolvendam, ſed præcisè in ſuum proprium, ac privatum commodum. Et, licèt fama à parte rei non ſit ablata, eſt tamen apud prudentiores denigrata, aut etiam ablata, ſaltem ex intentione, & affectu injuriantis. Unde rationes pro opinione contraria, utpote falſis fulcris ſubnixæ, ſuo pondere evaneſcunt.

Dices nihilominus cum Thomaſ. in *Philoſoph. Jur. de O. & A. §. 165. & ſeqq.* Quis dicat exiſtimationem, quam boni de me concipiunt, per contumeliam lædi? & ſi læderetur, quomodo poterit reſtitui in natura, quod à me ad alterum non tranſiit. In actione igitur recantatoria pergit *cit.* Author *ibid. §. 176.* tantùm intenditur, ut injurians in pœnam illatæ injuriæ ſe ipſum mendacii arguat. Verùm, neque iſte diſcurſus quid novi continet, cui non fuerit factum ſatis: fama fuit moraliter denigrata, etiam apud prudentiores, quos ſæpè latet, rem veram injurians dixerit, nec ne, hinc etiam opus eſt, ut illam moraliter, & in ſenſu juridico reſtituat; unde apparet nimiùm à Thomaſio philoſophari.

Datur injuriato, ejuſque hæredibus, quibus utique, quidquid

Digitized by Google

alii (inter quos eſt Cocc. Junior *Jur. Contr. ff. h. t. q. 21.*) contrà ſentiant, vel maximè incumbit defuncti famam defendere, vel conſervare: Contra injuriantem, non item ejus hæredes, cùm ſit ex delicto ſterili, ex quo ad eos nihil pervenit; ad hoc, ut injuriam legitimè probatam recantet. Quid, ſi vera quis dixerit, quæ tamen ſcire non oportebat, vel, ſi defectus errantis naturæ objecerit? In ejusmodi caſibus non recantatione, ſed deprecatione opus eſt, vid. deſuper Titius in *Theſ. Jur. ff. h. num. 24.* Quid, ſi injurians eò contumaciæ devenerit, ut omnibus pœnis pecuniariis, incarcerationis, atque inediæ contemptim habitis, ad recantationem, utpote factum ſimplex, adigi non poſſit? Adſciſcendus lictor, aut quandoque ipſe carnifex, qui nomine præſentis & audientis injuriam revocet. *D. D. Franz h. num. 74.* ubi *num. ſeq.* notat, hanc actionem non irrogare infamiam juris, cùm textus deficiat, ſed tantùm facti, quatenus apud prudentiores valde minuetur exiſtimatio illius, qui recantando injuriam, ſe ipſum mendacii arguere debet. Inde eſt, quòd Judices ſoleant famam reſervare, daß Beklagter die außgegoſſene Injurien, jedoch mit Vorbehalt ſeiner Ehre, wiederruffen ſolle, quantum autem iſta clauſula in rei veritate operetur, & num infamiam facti minuat, vel omninò abſtergat, aliis judicandum relinquo: Hinc etiam eſt, quòd ſi injuria levis ſit, non recantatio, ſed deprecatio, vel declaratio injungatur. *Hopp. ad d. §. 7.* ubi ſuprà. Imò, quamvis in interpretanda injuria non opus ſit requirere conſtantiam philoſophicam, unde Seneca Libellum intitulavit: *Homini ſapienti injuriam non fieri*, tamen nec gravitatem Judicis decet, mollibus indulgere affectibus, ſtrepitúque inani ob muliebria convitia Prætoris aures verberari. *Hub. h. n. 3.* Quapropter ejusmodi leviora, præſertim inter leviores plebis, ex officio ſopire poterit.

7 Præter recantationem autem poteſt injuriatus unam ex prædictis actionibus pœnalibus (ſuppoſitis tamen quoad actionem civilem ſupponendis) aut etiam actionem criminalem inſtituere, eáque petere, ut Reus pœnâ extraordinariâ arbitrio Judicis determinanda puniatur. Daß nemlichen Beklagter ſolle Obrigkeitlich, anderen zu einem Exempel, abgeſtrafft werden, *§. 10. h. l. ult. C. eod.* & quidem hodie tam per ſe, quàm (quod olim tantùm Illuſtribus erat permiſſum, *dd. tt.*) per alios. Quamvis autem actio ad palinodiam poſſit ex probabiliori, eáque noſtra ſententia, quam poſt alios etiam defendit *Hopp. Uſ. Hod. ad §. 7. h.* cum una ex pœnalibus, utpote rei perſecutoria, cumulari, *arg. l. 7. §. 1. ff. de condict. furt.* hoc ipſo, quòd tendant ad diverſos fines, non tamen poſſunt actiones pœnales ſimul inſtitui, ſed unâ electâ, reliquæ pe-

Digitized by Google

perimantur, *cit. §. 10. d. t.* ibi: *In ſumma ſciendum eſt de omni injuria, eum, qui paſſus eſt, poſſe VEL CRIMINALITER agere, VEL CIVILITER.* Facit etiam *l. 6. ff. eod. Stryk. ad h. t. §. 21.* Adeóque non poſſum actione Injuriarum, vel Cornelia ad pœnam pecuniariam, & ſimul criminaliter agere, ac petere, ut Reus pœnâ arbitrariâ coërceatur, quia tendunt omnes ad eundem vindictæ finem, conſequenter una aliam conſumit. *Quoties concurrunt plures actiones* (ſunt verba Ulpiani in *l. 43. §. un. ff. de R. J.*) *ejusdem rei nomine, unâ quis experiri debet.* Nil officit, quòd poſſit actio furti, etſi pœnalis ſit, cum criminali cumulari, *arg. l. 130. ff. d. t. & §. 1. Inſt. ſi quadrup. paup. fec. dic.* Nam actio furti non tendit ad vindictam, idcirco habet finem ab actione criminali diverſum: Actio injuriarum econtrà vindictam ſapit, ſicut actio criminalis, unde etiam cumulari nequeunt.

Contraria injuriarum ſunt Modi, quibus injuria extinguitur. Extinguitur autem (I.) DISSIMULATIONE (quomodo MORTE, patet ex dictis) ſi nimirum læſus *injuriam dereliquerit*, id eſt, *ad animum ſuum non revocaverit*, inquit Ulpianus in *l. 11. §. 1. ff. h. t.* Dummodò memineris, non ſufficere ſolam taciturnitatem, quæ quandoque ob periculum majoris mali intervenit, differrique non raró vindictam ad molliora, quæ ſperantur, tempora: Nec enim ſemper ſeriò, juxta Satyram 8

Pulſatus rogat, & pugnîs contuſus adorat:
Sed magis, ut liceat cum dentibus inde reverti.

(II.) REMISSIONE, vel *Expreſsâ*, v. g. deſuper paciſcendo, vel tranſigendo. *d. l. 11. §. 1.* vel *Tacitâ*, ſigno tamen quodam (nec enim ſufficit nuda taciturnitas) manifeſtata, ùt; ſi injuriam paſſus injurianti tutelam deferat, *arg. l. 36. pr. ff. de excuſ.* vel legatum relinquat, aut aliàs donet, *arg. l. 3. §. fin. ff. de adim. vel transf. leg.* Aut etiam, ſi ſine neceſſitate, nulláve urgente decentia cum injuriante ante cauſam in judicium deductam (nam pòſt non tam facilè præſumitur remiſſio, *arg. l. 28. ff. h. t.*) converſetur. An idem dicendum, ſi injuriam paſſus Tribunal pœnitentiæ, ſacrámque Synaxim accedat? Ita putat *Hopp. ad §. ult. h.* Sed ſine ſufficienti ratione. Eſto enim per dignum acceſſum ad Sacramentum pœnitentiæ cenſeatur remiſſus rancor privatus, non tamen conſequitur, debere etiam eſſe remiſſam actionem jure competentem, quæ utique juſta eſt, & jam in noſtro patrimonio exiſtens, vid. pluribus *Hub. h. num. 8.* Imò non ſemper conſulta eſt ad injuriam taciturnitas, cùm vulgò non raró pro reatûs conſcientia reputetur: nec immeritò, qui famam negligit, crudelis dicatur, *vid. c. 56. c. 11. q. 3.* Ex-

Extinguitur (III.) LAPSU TEMPORIS. Quod rurſus clareſcit ex dictis. Actio nempe prætoria annô finitur, qui tamen probabiliùs incipit currere à tempore ſcientiæ, exemplô aliarum actionum temporalium, conſul. *l. 1. junctâ l. 6. ff. de calum.* & *l. 2. C. qui admitt. ad bon. poſſ. Cocc. ff. h. q. 11.* Quod tamen non præſumas extendere, ùt quidam facit, ultra 30. annos, ne actiones prætoriæ diutiùs durent, quàm civiles. Sunt, qui docent, injuriam ſcriptam nunquam tolli, quia ſcriptura ſemper durat, ſempèrque loquitur, hinc habet effectum permanentem, & ita in Camera judicatum rèfert *Gail. 2. obſ. 104. num. 2.* & *3.* licèt juri & rationi confòrmior ſit opinio contraria, quia ſemper imputari poteſt injuriato negligentia, quòd ſciens injuriam non vindicaverit, ùt optimè advertit Ludov. in *Theſ. Jur. h. num. 52.* Quòd autem ſcriptura ſemper duret, verum quidem eſt, ſed non ſemper cum animo injuriandi, qui ſæpè ceſſat, ſed tantùm ùt modus, ſeu medium probandi. *Schamb. ad §. ult. h. verſ. Quæres.* Actio civilis tam ex L. Cornelia, quàm Recantatoria ad 30. annos extenditur, *arg. pr. Inſtit. de perp.* & *temp. act.* Criminalis verò, ſi concurrat cum prætoria ad illius imitationem, pariter annô finietur, ne judicium gravius diutiùs leviori duret, ſi verò cum civili, ad exemplum aliarum Actionum criminalium, vicennii præſcriptione ſubmovebitur, *arg. l. 12. C. ad L. Corn. de falſ.* Item (IV.) SATISFACTIONE, vid. *l. 17. §. 6. ff. h.* & demum (V.) RETORSIONE, cujus exemplum reperies in *l. 14. §. 6. ff. de bon. libert.* ſi videlicet verbaliter injuriatus verba injurioſa honoris tuendi causâ in injuriantem, velut alter Echo propulſet, & huc ſpectat dictum Ulpiani in *d. l. 14. §. 6. ff. de bon. libert.* ignoſcendum eſſe ei, qui voluit ſe ulciſci provocatus. Dixi: *verbaliter injuriatus.* Nam, licèt per hoc non excluſam velimus injuriam ſcriptam, quæ vel verbali, vel ſcripta retorſione repelli poteſt, *arg.* eorum, quæ habentur in *Theſ. Jur. ff. h. num. 100.* Realis tamen retorſionem non admittit; hinc, ſi alapam infligenti alapâ reſpondeas, injuriam injuriæ addis. Dixi ulteriùs: *velut alter Echo*, hoc eſt, ut nihil addat, fortè injuriam injuriæ accumulando, ut, ſi objicienti mendacium objicerem adulterium, furtum &c. Non moramur hîc Vinnium, qui ad *§. 1. h. t. num. 5.* docet, non licere verba injurioſa, ſeu idem crimen retorquere, v. g. aſſerenti, me furem, reponere? tu ipſe fur es, quoniam ait ille, hoc non ad defenſionem, ſed vindictam tendit: impunè autem dici poterit: *mentiris.* At hoc non capimus, cùm retorſio, re ita loquente, nil aliud importet, quàm objectionem ejuſdem criminis in aſſerentem, quæ non tam vindictæ, quàm defenſionis causâ fieri exiſtimatur. Nec enim, ſi arguam

de

de mendacio, propriè retorquere videor, ſed tantùm, injuriantem mentiri, dico. Si partes Vinnii ſuſcipias, ajens, hoc modo novam committi injuriam, vel negamus illatum, quia hæc retorſio ſolummodò fit defenſionis gratiâ, vel, ſi foret injuria, obtinebit (ſaltem quoad mutuò Injuriantes) vulgatum illud, quòd paria delicta mutua compenſatione tollantur, *arg. c. 6. de adult. l. 39. ff. ad L. Jul. de adult.* prout diſcurrit Titius in *Theſ. Jur. b. n. 86.* Dixi: *propulſet.* Uti autem iſta propulſatio, ſeu retorſio verbis, vel literis (quod conſultius eſt, ne à verbis ad verbera fiat irruptio) fieri poteſt, ita debet fieri in continenti (moraliter) cùm ſapiat ſpeciem neceſſariæ defenſionis. In continenti autem fieri intelligitur, ſi fiat, quamprimum injuria in notitiam venerit, ita tamen, ut ultra annum extendi non poſſit, utì obſervat *cit.* Schamb. ad *d. §. ult. in fin. b.* Benè ais: ergo retorſione haud tollitur injuria. Nam, ſi quis me aggrediatur, non obſtante, quòd ego me defenderim, nihilominus poſſum aggreſſorem accuſare. Potes accuſare, ubi defenſio fuit abſolutè neceſſaria, ita, ut aliàs verſaretur periculum vitæ, aut mutilationis membrorum; in injuria autem verbali non eſt periculum in mora, cùm verba nec occidant, nec mutilent, eſto te non defendas, conſequenter ejusmodi defenſio non eſt ita neceſſaria; quapropter ſe retorſione defendens conſtituitur quaſi ſui ipſius judex, & ita Judicis competentis officio videtur renunciare. (a) Num retorſio in conſcientia ſit licita? Non dubitamus contra Hub. *b. n. 1. circa fin.* aſſerere, cùm ſit ſpecies legitimæ defenſionis. Non equidem negamus, meritum ſibi facere, qui patienter tolerare, quàm retorquere mavult, juxta illud *Matth. 5. v. 39.* ibi: *Ego autem dico vobis, non reſiſtere malo, ſed, ſi quis te percuſſerit in dextram maxillam tuam, præbe illi alteram.* Item ibidem *verſ. 44. Ego autem dico vobis, diligite inimicos veſtros, benefacite his, qui oderunt vos.* Nemo autem ad ejusmodi conſilia Evangelicæ perfectionis, quæ pauciſſimi conſequi poſſent, aliquem ſub peccato obſtrictum eſſe autumabit, quòd, ſi juſtæ vindictæ pacem quis præferre maluerit, verecunda eſt cogitatio tam Prætori nota, quàm ab Ulpiano laudata in *l. 4. §. 1. ff. de alien. jud. mut. cauſ. fact.* Hæc de injuria in ſpecie.

(a) Hæc, inquies, nimium probare videntur; ſequeretur enim, retorſionem planè non eſſe licitam. Negamus, ùt vocant, ſubſumptum, cùm fiat puræ defenſionis causâ, & inſuper, ut parcatur ſumptibus. Sed, inſis, non fiet ſine iracundia? Quid tum? Nónne difficile eſt juſtum temperare dolorem: An ex Stoa providebimus? Hæc defenſio, pergis, non eſt neceſſaria! Eſt tamen utilis, præſertim, cùm injuria in publicum non ita prodeat, ſed potiùs ſopiatur intra parietes domeſticos, vel ſaltem intra paucorum aures deliteſcat, nec de ea judicialiter, ſeu notoriè tam facilè conſtet.

9 Famoſus Libellus vulgò Pasquillus (de hujus nominis origine videri poteſt Carpzov. *Pract. crim. p. 2. quæſt. 98. n. 3.*) dicitur, quando, ùt ſuprà memoravimus, mediante ſcriptura alicui crimen aliquod grave, & famoſum, v.g. adulterium, furtum imputatur, ſeu affingitur, ſed tamen authoris nomine ſuppreſſo, quod fundamentum habet in *l. 5. §. 9. l. 6. ff. h. t.* & expreſsè requiritur in Nemeſi Car. *artic.* 110. ibi: Und ſich nach Ordnung der Rechten mit ſeinem Tauff-und Zunamen nicht unterſchreibet, *Hopp. ad §. 1. h.* quod non credimus, ùt quidam volunt, eſſe recantatum in *Ord. Pol. de An. 1577. tit. 35. §.* Und ſetzen, ordnen ꝛc. ibi: es habe der Author ſeinen Namen darunter geſetzet, oder nicht. Nam textus iſte non loquitur de famoſo Libello in ſpecie, ſed de injuria famoſa, prohibétque, ne divulgetur, ſive ſit appoſitum nomen, ſive non; non tamen dicit, quòd in illo caſu ſit famoſus Libellus. Paucis: *Ord. Politica* generaliter vetat divulgationes ſcripturarum diffamantium, nec attendit, utrùm conſtet, vel non conſtet de Authore, vel utrùm, ſit libellus famoſus, num injuria in ſpecie. Neque deeſt noſtræ ſententiæ ratio; ſiquidem, ſuppreſſo Authoris nomine, probatio fit difficilior, imò quandoque innocentes in ſuſpicionem cadunt; hinc Author poſteà manifeſtatus ſeveriori pœna meritò affligendus, *Ludov. & Berg. in Theſ. Jur. ff. h. n. 92. & 93.* (a) Sed, quænam eſt, rogas, libelli famoſi pœna? Jure Canonico, ſi crimen imputatum grave eſt, injurians flagellis caſtigatur, niſi ſeipſum manifeſtet, quo caſu pœna mitior infligitur, *Can. 1. cauſ. 5. q. 1.* Jure Civili, & quidem Digeſtorum non tantùm fit inteſtabilis, *l. 5. §. 9. ff. h. l. 21. pr. ff. de teſt. l. 18. §. unic. ff. qui teſt. fac. poſſ.* ſed inſuper pœna extraordinaria coërcetur, *l. 6. ff. h. t.* Jure Codicis præfixa eſt pœna capitalis in *l. un. C. de famoſ. libell.* Intelligimus cum *cit.* Carpzov. *d. l. num. 8.* verè talem, ſi crimen imputatum hanc pœnam habeat annexam. *Civilem* verò (qua caput civile adimitur) id eſt, exilium, ſeu deportationem, caſu quo crimen objectum non fue-
rit

(a) Inſtat Voët. *ff. h. t. n. 10. in d. l. 5. §. 9.* manifeſto argumento ſupponitur, nihil intereſſe utrum ſit, vel non ſit appoſitum nomen. Hæc lex explicari debet per *d. l. 6.* ubi in terminis habetur, nomen non debere eſſe appoſitum. Ergo, pergit Author, famoſiſſimi libelli unà cum Authoribus impunè haberentur, & timidiores pœnis ſeverioribus ſubjicerentur: Audax enim nomen apponeret, timidior non: ille graviſſimum: iſte levius crimen objiceret, & nihilominus leviùs puniretur, ac ita, datâ corvis veniâ, vexarentur cenſurâ columbæ? Vanus hic timor eſt; nam haud implicat exaſperari pœnam, ſi crimen appoſito etiam nomine ſit gravius; ita, ut poſſet deveniri ad pœnam famoſi libelli, ſi in hoc crimen levius fuiſſet objectum, cùm uterque in ſuo genere graviter peccat; ille objiciendo grave delictum, iſte ſupprimendo nomen.

rit verè capitale: Quod optimè declaratur Jure Carolino in *d. Conſtit. crim. art. 110.* ubi ſtatuta legitur pœna talionis, nimirum illa ipſa, quam injuriatus, delictô probatô, debuiſſet ſuſtinere, quæ tamen mutatur in mitiorem, ſi nocenti crimen objectum fuerit, *Laud. Author ibid. n. 10.* Typographi, Sculptores, vel Pictores ejusmodi libellis operam dantes, non tantùm puniuntur pœnâ arbitrariâ, ſed etiam facultate imprimendi privantur, in *R. I. Auguſtanis de Anno 1530. §.* Unnd nachdem durch die unordentliche Buchdruckerey. Item *Ratisbon. de Anno 1541. §.* Ferner haben Wir befunden, daß die Schmach-Schrifften ꝛc. Quid de Propalatore, ſeu Divulgatore dicendum? Pœnam capitalem æquè, ac ipſe Author videtur incurrere in *d. l. un. C. de fam. lib.* Quod tamen ſæpè memor. Carpz. ubi ſuprà *num. 20. & 21.* de capitali in ſenſu civili non immeritò intellectum vult, probátque pœnâ arbitrariâ eſſe plectendos.

TITULUS V.

De Obligationibus, quæ quaſi ex delicto naſcuntur.

MEmineris procul dubio, ſuprà ad initium *Tit. de Obligationibus, quæ quaſi ex contr.* dixiſſe nos, facta hominum quædam eſſe apertè licita, quò retulimus contractus, quædam apertè illicita, quò revocavimus delicta; quædam in medio poſita, eáque, ſi magis ad Innocentiam, quaſi contractus, ſi ad malitiam magis inclinent, quaſi delicta nuncupavimus, atque hactenus de tribus prioribus ſpeciebus tractavimus. Superſunt itaque quaſi delicta, quæ videlicet oriuntur ex culpa (cujus occaſione datur opera rei illicitæ) non tam propria, quàm potiùs imputata, ſeu à jure præſumpta, vel ficta, quatenus non tam culpa propria, ſi quæ intervenit, quàm aliena (idem ſenties de dolo) mihi tamen imputata, perficiuntur. Horum ſunt quatuor: Imperitia Judicis, malè judicantis: Effuſum, vel Dejectum: Periculosè Suſpenſum: Damnum in navi, caupona, vel ſtabulo datum.

§. I.

De Imperitia Judicis.

HOc quaſi delicto ſe obſtringit Judex, qui ex imperitia, vel ſupina ignorantia malè judicat. At hic in limine 1

Digitized by Google

Subſiſtis, dum in mentem revocas, quæ diximus de Lege Aquilia: ſermo erat ibi *num. 4.* imperitiam reduci debere ad veram culpam, idque probabatur ex *§. 8. Inſt. d. t.* & *l. 8. §. 1. ff. eod.* adeóque conſtituere delictum Legis Aquiliæ, quod nobis indiſtinctè verum delictum viſum fuit *tit. 1. hujus libri n. 1.* Et, cur imperitia Judicis erit excepta? Tam parùm, ùt prima fronte videbitur, quàm medici, vel equitis. Verùm perge, quo iviſti pede ſine ſcrupulo, vel titubatione. Imperitia Judicis non tam ipſi, quàm illi, qui illum ad hoc munus, ad quod, per ſe loquendo, poterat cogi, applicuit, ſeu conſtituit, conſequenter Judicem officii neceſſitas quodammodò (puta à vero delicto) excuſat, *arg. l. 22. ff. de his, quæ ùt indig.* medico, vel equiti imputari poteſt, quòd hoc officium affectaverint (nec enim poterant ad munus privatum adigi) non item Judici, qui oblatum ſibi, ſeu potiùs impoſitum officium, quod publicum eſt, detrectare non poteſt. Nec enim imperitia de ſe culpa eſt, ſed artem, quam non intelligit, affectare, culpoſum dicitur; hinc, quod faciunt imperiti medici, vel equites, culpâ non vacat, *l. 7. §. f. l. 8. princ.* & *§. 1. ff. ad L. Aquil. arg. l. 9. §. pen. ff. locat. Vinn. ad princ. Inſtit. h.* Quid verò, ut hodie plerumque fit, ſi affectaverit, imò per ambitum hoc officium obtinuerit? Hoc erit per accidens, quæ autem fiunt per accidens, non debent attendi: Sufficit, quòd per ſe loquendo, & abſolutè potuerit cogi. Accedit, quòd Judex non profiteatur, ùt medicus, vel eques, artem medicam, vel equeſtrem, Juris artem, cùm etiam Jurium imperitus, ſi habeat Conſiliarios, poſſit ſententiam dicere, ſeu judicare, quòd nec medicus, nec eques hactenus facere conſueverunt. Et hæc rationum diverſitas debebit Thomaſio ad *Hub. h. n. 2.* latè, æquè; ac præſumptuosè nimis contrà ſentienti ſufficere, dum pro illo non militat, niſi Philoſophia imaginaria, pro nobis verò authoritas Imperatoria in *pr. Inſt. h.* cui adſtipulatur doctrina Gaji in *l. 5. §. 4. ff. de O.* & *A.* nec non in *l. 6. ff. de extraord. cognit.* (a) Hæc, inquies, Thomaſium non feriunt: admittit ille Judicem imperitè judicantem teneri de quaſi delicto, ſed idem concedit de medico, vel equite. Concedet hoc, pace noſtra, Thoma-

(a) Profectò nimis vult ſapere Thomaſ. dum contra philoſophiam Juridicam ſine jure vult ſapere, & culpam veram ad quaſi delicta trahere: unde ex ſua Philoſophia cerebrina nullo textu ſuffulta fidem faciet, culpam veram nón fundare, niſi quaſi delictum? Ex ipſa, inquis, imperitia Judicis, quæ veræ culpæ adſcribitur. *§. 7. de Leg. Aquil.* & *l. 8. ff. eod.* Hoc aſſertum eſſe abſolutè falſum, patet ex *princ. Inſt. h.* Nec enim fruſtra imperitia Judicis ſub alia rubrica quàm medici, vel equitis fuit poſita. Judicem imperitum conſtituens veræ culpæ reus eſt, non Judex ipſe, cùm poſſit cogi.

maſius, non tamen id admittit Imperator, qui imperitiam medici ad Legem Aquiliam, *§. 7. de Leg. Aquil.* conſequenter ad vera, Judicis autem ad quaſi delicta, in *pr. Inſt. b,* reducit. Idémque faciunt *JCti in l. 8. §. 1. ff. ad Leg. Aquil.* & *d. l. 5. §. 4. de O.* & *A.* Nec fruſtra horum imperitiam ſub diverſis Rubricis collocatam putes. Illud etiam bonâ veniâ diſſimulare non poſſumus, fuiſſe Romanis medicorum munus abjectum, ac ſervile, *arg. l. 26. ff. de oper. libert.* & *l. 41. §. 6. ff. de fideicom. libert.* Judicis verò officium ſemper honorabile, adeóque hujus magis, quàm illius (quæ aliàs nulla erat) authoritas conſervanda. *Harp. ad pr. b. n. 9.* & *10.*

Dictum fuit in deſcriptione: ***Judex***, qualiſcunque ſit, ſive ordinarius, ſive delegatus, ſive arbitrarius, ſive etiam Conſiliarius, Aſſeſſor. 2
D. D. Franz b. n. 2. Imò, ſi Judex hujus conſilium ſequi debuit, imperitia non Judici, ſed Conſiliario, ſeu Aſſeſſori imputatur, *arg. l. 2. ff. quod quisque jur.* Dictum fuit: *Ex imperitia.* Si enim dolo malo, fortè corruptus, vel odio partis in transverſum actus ſententiam dixit, verè delinquit, ac præter diſpendium famæ læſo veram litis æſtimationem præſtare cogitur, *l. 15. §. 1. ff. de jud. l. fin. C. de pœn. jud. qui mal. jud. cit. Auth. d. l. n. 3.* Gravior adhuc pœna ſtatuta legitur de Judice pecuniâ corrupto, in *Nov. 124. c. 2.* & ex ea deſumpta *Auth. novo jure C. d. t.* quò vide. Salvum inſuper manet parti à Judice corrupto læſæ remedium nullitatis, ſi fortè contra partem adverſam cauſam ex integro tractare, quam contra Judicem agere malit, *arg. l. 7. C. quand. prov. non eſt neceſſ.* Dictum fuit: ***Malè judicat***, quod fit, ſi vel contra expreſſam conſtitutionem, vel conſuetudinem receptam, verbô, ſi contra ea, quæ plani juris, ſeu ſcripti, ſeu non ſcripti ſunt, ſententiam dicat. Secùs, ſi contra jus dubium, atque inter juris Interpretes controverſum pronunciaverit. Unde rariores hujus quaſi delicti hodie ſunt caſus, poſtquam eò variarum opinionum deventum eſt, ut vix tam abſurda detur, quæ non habeat patronum, & utinam quandoque, non aliàs omni exceptione majorem: durum itaque foret, ait ferè Brunn. ad *d. l. 15. num. 8.* ſi Judices, præſertim ſubalterni, in tanta ſententiarum, cauſarum, atque differentiarum multitudine, & varietate ſingularum litium periculo tenerentur obnoxii: Interim tamen, utì non omnes ab hoc quaſi delicto, quod malè faciunt alii, abſolvimus, ita eos monitos vellemus, ut alios peritiores, præſertim, dum curtæ, imò quandoque, prô dolor! nullius in Juriſprudentia ſuppellectilis ſibi conſcii ſunt, conſulant. Quid autem, ſi contra communiorem Juriſperitorum opinionem ſententiam dixit? Abſit, ut dicas hujus quaſi delicti reum; nam

juxta D. Hieronymum, quòd multi huic, vel illi ſententiæ acquieſcant, Judicium eſt voluntatis, non veritatis: Appoſitè Seneca *de vita beata c. 1. Tritiſſima*, inquit, *quoque via maximè decipis: Nil ergo magis præſtandum, quàm, ne pecorum ritu ſequamur antecedentium gregem, pergentes non quà eundum, ſed quà itur;* Quibus conſonant verba Codicis tum ſacri, *Exod. 23. v. 2.* ibi: *Non ſequeris turbam ad faciendum malum, nec in judicio plurimorum acquieſces ſententiæ, ut à vero devies*, tum profani, in *l. 1. §. 6. C. de V. J. E.* ibi: *Cùm neque ex multitudine Auctorum, quod æquius, ac melius eſt, judicatote, cùm poſſit unius forſan, & deterioris ſententia, & multas, & majores in aliqua parte ſuperare.* Jungatur *l. 13. C. de ſent. & interloc.* Cave tamen, ne cerebrina opinio animum induret, faciátque etiam ad contrariam evidentiam inflexibilem.

3 Effectus hujus quaſi delicti Proximus eſt obligatio in eo conſiſtens, quòd Judex imperitia malè judicando faciat litem ſuam. Sed quid hoc eſt, litem ſuam facere? Eſt litem, quæ malè deciſa eſt, in ſe defendendam ſuſcipere, & ex Judice quaſi reus fieri, ita, ut deinde malè judicans à Judice ſuperiore in tantum condemnetur, in quantum æquum viſum fuerit, *pr. Inſt. h. t.* in verbis: *Et in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam ſuſtinebit.* Effectus Remotus eſt ACTIO IN FACTUM, *l. 6. ff. de extraord. cognit.* quæ dici poteſt MALE JUDICATI, qua Judex, qui imperitè judicavit, convenitur, ut parti læſæ tantum præſtet, quantum Judici ſuperiori (habito reſpectu ad leviorem, vel craſſiorem errorem) fuerit æquum viſum. Quòd, ſi doloſè iniquam ſententiam tulerit, tenetur Actione, quam ex Syndicatu vocant, ad ſolidam litis æſtimationem, *d. l. 15. §. 1. ff. de jud. l. fin. C. de pœn. jud. qui mal. jud.* Sed quid hoc, quòd Ulpianus in *citat. l. 15. §. 1.* tunc Judicem litem ſuam facere dicat, ſi dolo malo judicavit, ibi: *Judex tunc litem ſuam facere intelligitur, cùm dolo malo in fraudem legis ſententiam dixerit*: conſequenter idem eſſe videtur, ſive ex imperitia, ſive dolô malè judicaverit, *arg. d. pr. Inſt. h. & d. l. 6. ff. de extraord. cognit.* ſemper enim litem ſuam facere dicitur. Ita eſt, ſed tam modô, quàm effectu diverſo. Priori quippe caſu ſcienter, malitioſè, poſteriori ignoranter, & imperitè: Ibi ad ſolidam litis æſtimationem; hic quantum Judici ſuperiori æquum videbitur, condemnatur: Ibi cum infamia removetur; hic nullatenus. Abſurdum enim foret (quod vult *Thomaſ. ad Hub. h. d. num. 2.*) ſi ſaltem ratione pœnæ pecuniariæ nihil intereſſet, num dolô, vel imperitiâ malè fuerit judicatum.

§. II.

§. II.

De Effuſo, vel Dejecto, periculoſè Suſpenſo, & Damno in Navi, Caupona, vel Stabulo dato.

QUaſi delictum Effuſi, vel Ejecti imputatur patrifamilias, ſeu inhabitanti, ex cujus cœnaculo aliquid effuſum, vel dejectum fuit, in loco, ubi vulgò iter fit, quô tranſiens læſum ſe probat. Ideo autem (ſunt verba *§. 1. h. t.*) *non propriè ex delicto obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut ſervi, aut liberi.* Interim tamen culpa eidem præſumptivè imputatur, quòd non diligentiùs præcaverit, atque in facta eorum, qui de familia ſunt, inquiſiverit, *arg. l. 1. §. 4. ff. de his, qui effud. vel dejec.* Dictum fuit: *Præſumptivè*, adeóque præſumitur (& quidem præſumptione generali, ſeu juris, & de jure) ex ejus culpa, ſeu negligentia contigiſſe, nec volens contrarium probare audiri debet. Dictum fuit ſuperiùs: *Patrifamilias, ſeu inhabitanti:* Nec intereſt, utrùm ſit Dominus, vel alio titulo, puta, ùt uſufructuarius, conductor, aut bonæ, vel etiam malæ fidei poſſeſſor inhabitet, *d. §. 1. h.* cùm ſemper militet ratio culpæ præſumptæ, *arg. d. l. 1. §. 4. ff. d. t.* Quid, ſi ex cœnaculo filiifamilias ſeorſim à patre habitantis quid ſit effuſum? Filius, non pater obſtringitur, per textum apertum in *§. 2. h. & Hopp. ibid.* Addatur Ulpianus in *l. 1. §. 7. ff. d. t.* Dictum fuit: *Ex cujus cœnaculo*, per quod intelligitur quælibet pars domûs ſuperior. Quòdſi ex navi, vel alio loco eminentiori, fortè ſtabulo, horreo &c. aliquid effundatur, datur Actio utilis ex æquitate, ſeu mente legis, *l. 5. §. 3. l. 6. §. ult. ff. eod.* Dictum fuit: *Effuſum, vel Dejectum*, quod perinde eſt, dummodò damnum datum, vel nocitum ſit, *d. §. 1.* ibi: *ita, ut alicui noceret*, conſequenter eſt probanda læſio. Et quidem, utì memoratum; *In loco, ubi vulgò iter fit. Parvi autem* (aut nihil) *intereſſe debet*, inquit Ulpianus in *d. l. 1. §. 2. ff. d. t. utrùm locus publicus ſit, an verò privatus, dummodo per eum vulgò iter fiat*: addita ratione: *quia iter facientibus proſpicitur, non publicis viis ſtudetur, ſemper enim ea loca, per quæ vulgò iter ſolet fieri, eandem ſecuritatem debent habere.* Unde ſequitur. 4

Effectus tum *Proximus*, qui conſiſtit in obligatione reparandi damnum per effuſionem, vel dejectionem illatum, tum *Remotus*, nempe Actio effuſi, vel Dejecti; *Qua convenitur inhabitans, ut ſuæ obligationi, ratione hujus quaſi delicti, ſatisfaciat.* Eſt perſonalis, Prætoria, quandoque Rei Perſecutoria, quandoque Mixta, quandoque purè Pœnalis, quandoque Perpetua, quandoque Annalis, utì ex verbis ipſius Edicti, 5

quæ

Digitized by Google

quæ hic allegare placuit, diſces. *Prætor ait* (ita refert laud. Ulpianus in *d. l. 1. pr. ff. de his, qui effud. vel dejec.*) *unde in eum locum, quò vulgò iter fiet, vel in quo conſiſtetur* (puta in loco, ubi vel diſcurſûs, vel mercimonii, vel cujuscunque alterius exercitii gratiâ, vulgus confluere, ibique conſiſtere ſolet) *Dejectum vel Effuſum quid erit, quantum ex ea re* (nimirum quæ æſtimationem recipit) *damnum datum, factúmque erit in eum, qui ibi habitaverit in duplum* (hic erit mixta) *judicium dabo: Si eo ictu homo liber periiſſe dicetur, quinquaginta aureorum judicium dabo* (hic erit purè pœnalis, dum homo liber æſtimationem non recipit) *Si vivet, nocitúmque ei eſſe dicetur, quantum ob eam rem æquum Judici videbitur, eum, cum quo agetur, condemnari, tanti judicium dabo* (hic reſpectu læſi erit rei perſecutoria, reſpectu tertii pœnalis) *ſi ſervus, inſciente Domino, feciſſe dicetur, in judicio adjiciam, aut noxam dedere.* Æquitas hujus Edicti meritò extollitur à JCto in *d. l. 1. §. 1.* quia publicè intereſt ſine metu, & periculo per itinera commeari. Sed ex his nondum didiciſti, quando ſit perpetua, quando annalis: cui, & contra quos detur. Docebit iſta idem Ulpianus in *l. 5. §. 5. ff. eod.* his verbis: *Hæc autem Actio, quæ competit de effuſis, & dejectis perpetua eſt* (intellige, ſi res damnum paſſa æſtimationem recipiat) *& hæredi competit, in hæredem verò non datur* (quia oritur ex delicto ſterili) (a) *Quæ autem de eo competit, quòd liber periiſſe dicitur, intra annum duntaxat competit: neque in hæredem, ſed nec hæredi, ſimilibúsque perſonis* (ſubintellige rurſus *competit*) *nam eſt pœnalis, & popularis* (id eſt, competit cuilibet de populo) *dummodò ſciamus ex pluribus deſiderantibus hanc actionem potiſſimùm dari debere, cujus intereſt, vel qui affinitate, cognationeve defunctum contingit. Sed, ſi libero homini nocitum ſit, ipſi perpetua erit, ſed, ſi alius velit experiri, annua erit hæc Actio. Nec hæredibus jure hæreditario* (benè verò, ùt ſunt de populo) *competit, quippe, quod in corpore libero damni datur, jure hæreditario tranſire ad ſucceſſores non debet, quaſi non ſit damnum pecuniarium* (dic meliùs, quia ſua indole popularis eſt, adeóque ad hæredes non tranſitoria, *arg. l. 7. §. un. ff. de popul. act.*)

nam

(a) Hinc notandum, ſi res æſtimationem recipiat, hanc actionem non eſſe popularem, ùt textum *in d. l. 5. §. 5.* probè inſpicienti ſatis patebit, tum quia competit hæredibus quà talibus, tum etiam quia eſt perpetua, quæ qualitates actionibus popularibus repugnant. *l. ult. ff. de popul. act.* Sed quid ad *d. l. 5. § fin. ff. de his, qui effud. vel dejec.* ubi eſto popularis ſit, hæredibus dari dicitur? Ita eſt, competit & hæredibus, ſi illorum interſit; verùm hic non ampliùs conſideratur quà verè popularis, cùm contineatur ſub patrimonio illius, cujus intereſt; quod de actionibus popularibus verè talibus dici nequit. Cæterùm in *d. §. ult.* ſermo eſt de periculosè ſuſpenſo.

nam ex æquo, & bono oritur. Quomodo autem fieri debeat, æſtimatio dilucidè tradit Gajus in *l. fin. ff. h. t. Judex computat*, infit, *mercedes Medicis præſtitas, cæteráque impendia, quæ in curatione facta ſunt; præterea operarum, quibus caruit, aut cariturus ob id, quod inutilis facta eſt; cicatricum autem, aut deformitatis nulla fit æſtimatio, quia liberum corpus nullam recipit æſtimationem.*

Satis utique ex ipſo fonte de hac actione, quæ deſiderabas, planáque ſunt, audiviſti: Unum vel alterum adhuc, ùt imaginor, ſcire cupis, & quidem (I.) Quid dicendum, ſi plures ſint inhabitatores. (II.) Quid, ſi ex cœnaculo ſtudioſi quid effuſum, vel dejectum ſit? (III.) Quid, ſi quis velit agere contra ipſum effundentem? (IV.) Quid, ſi ipſe inhabitator quid effudit? Quid denique (V.) ſi de nocte ſit effuſum? *Ad primum* reſpondebit tibi ipſe Ulpianus in *d. l. 1. §. fin. ff. h.* in quemvis, ſuppoſitô, quod pro indiviſo habitent, hanc actionem dari: rationem reddit Gajus in *l. 2. ff. eod. Cùm ſanè impoſſibile eſt ſcire, quis dejeciſſet, vel effudiſſet: Et quidem in ſolidum*, pergit Ulpianus in *l. 3. ff. d. t. ſed, ſi cum uno fuerit actum, cæteri liberabuntur. Si verò* (rurſus idem Ulpianus in *l. 5. pr. ff. eod.*) *plures, diviſo inter ſe cœnaculo, habitent, actio in eum ſolum datur, qui inhabitabat eam partem, unde effuſum eſt.* Quid, ſi in hoc caſu non ſciatur, ex cujus cœnaculo ſit effuſum? Debebit læſus patienti animo damnum ſufferre, cùm non quidem jus, ſed probatio deficiat, *arg. l. 30. ff. de teſt. tut. Ad ſecundum* non videmus, cur ſtudioſus debeat eſſe ab hac actione immunis. Nec audet eum eximere Huberus *h. num. 3.* pugnat ſiquidem eadem ratio tum locationis-conductionis, tum culpæ imputatæ in illo, quæ in aliis inhabitantibus, ſi nimirum negligentium famulorum operâ utatur. Dices cum D. D. Franz *h. num. 13.* ſtudioſos haberi pro hoſpitibus, *auth. habita C. ne fil. pro patr.* ibi: *omnibus, qui cauſa ſtudiorum PEREGRINANTUR, ſcholaribus;* contra hoſpitem autem non dari, ſat clarè deciſum eſt in ſæpè *cit. l. 1. §. 9. ff. de his, qui effud. vel dejec.* ibi: *Hoſpes planè non tenebitur, quia non ibi habitat, ſed tantiſper hoſpitatur, ſed is tenetur, qui hoſpitium dederit* (ſalvo tamen regreſſu contra hoſpitem) *Multum autem intereſt inter habitatorem, & hoſpitem: quantum intereſt inter domicilium habentem, & PEREGRINANTEM.* At vix eſt, ut *ex cit. Auth.* plus evinci poſſit, quàm privilegium fori Academici, coram quo etiam Actio effuſi, vel dejecti haud dubiè debebit inſtitui: Quòd autem dicantur peregrinari, ſeu hoſpitari, id eſt in ſenſu minùs proprio intelligendum, cùm certum ſit, ſtudioſos, in loco, ubi morantur, habere quaſi domicilium, quod de hoſpitibus, verè peregrinantibus dici non poteſt. Alia ratione 6

Digitized by Google

ſtudioſos defendit Voët. *ff. d. t. num. 1.* quia illi plerumque modica cœnacula habent, quo caſu ceſſare hanc actionem, eúmque teneri, qui maximam partem habet, docet Ulpianus in *d. l. 5. §. 1. ff. eod.* Impetrat à nobis aliquid Author celeberrimus: Nempe ceſſare actionem contra ſtudioſos pauperculos, qui modica penſione, vel omnino gratis leviora cubicula hebdomadatim conducunt, vel inhabitant; verùm hac immunitate non quà ſtudioſi, ſed quà modica habitantes, ùt omnes alii, gaudent. *Ad tertium* patebit reſponſio recolligenti ea, quæ dicta ſunt de Lege Aquilia, quæ toties obtinet, quoties ex culpa vera, & propria damnum datum fuit; effundens autem de culpa propria, adeóque de vero delicto arguitur. Unde advertis, *Ad quartum*, etiam inhabitatorem, vel maximè Legis Aquiliæ, ſi ipſe effuderit, eſſe conveniendum, *arg. §. 13. de Leg. Aquil. & l. 31. ff. d. t. Hopp. ad §. 1. b. Ad quintum* reſpondet Labeo apud Paulum in *l. 6. §. 1. ff. de his, qui effud. vel dejec. Locum habere hoc Edictum, ſi interdiu dejectum ſit: non nocte.* Ratio hæc erit, quia nocte ſe quis domi continere debet. Limitatur ibidem, ſi quibuſdam locis etiam nocte iter fieri ſoleat: Hinc videtur nimis laxè fuiſſe locutus Voët. *ff. d. t. num. 5.* ubi docet nihil intereſſe, ſive de die, ſive de nocte effuſum fuerit: Fortè verba Pauli limitatoria: *ſed quibuſdam locis & nocte iter ſit*, pro correctoriis accepit!

7 Portio prioris Edicti eſt etiam Edictum de periculosè ſuſpenſo; *conſequens enim fuit* (argumentatur Ulpianus in *d. l. 5. §. 7. ff. d. t.*) *Prætorem etiam in hunc caſum proſpicere, ut, ſi quid in his partibus ædium* (de quibus ſtatim) *periculosè poſitum eſſet, ne noceret:* Verba autem Edicti, ita referente ſæpè memor. Ulpiano in *d. l. 5. §. 6.* hæc ſunt: *Ne quis in ſuggrunda, protectóve ſupra eum locum, quà vulgò iter fiet, ſive quo conſiſtetur, id poſitum habeat, cujus caſus nocere cui poſſit: Qui adversùs ea fecerit, in eum ſolidorum decem in factum judicium* (Actionem) *dabo.* Ratio eſt eadem, utì in priori, ſecuritas nempe viarum. Quòd autem Actio competat, antequam damnum datum ſit, eſt, quia ſubeſt periculum casûs, adeóque in præſenti vel maximè obtinebit illud vulgatum, meliùs eſſe intacta jura, ſeu corpus, ſervare, quàm, vulnere illato, Medicum quærere.

Ex his colliges, hoc quaſi delicto obſtringi eum, qui periculosè ſuſpenſum patitur, poſſéque conveniri Actione in factum ad pœnam decem ſolidorum. Dicitur: *eum, qui.* Nec diſtinguitur, utrùm ſit dominus ædium, num aliàs inhabitet; imò, etſi non inhabitet, dummodo perculosè ſuſpenſum patiatur, *d. l. 5. §. 8.* Dicitur *Periculosè ſuſpenſum.* Quò ſpectant ſuggrundæ Wetter-Dächer, ſtillicidia Dach-

Rin-

Rinne, vaſa expoſita, aliáque ſimilia, puta Nägel-Stöck: im Winter die Eyß-Zapfen ꝛc. dum̃odo periculum im̃ineat futuri damni; ſi enim non ſubſit periculum caſûs, vel, ſi ceciderit, non ſit periculum nocumenti, ceſſat Edictum, vid. *d. l. 5. §. 11.* Quid, ſi periculosè poſitum jam ceciderit? Dabitur Actio Legis Aquiliæ contra eum, qui poſuit, vel Actio utilis effuſi, vel dejecti, contra inhabitantem, *l. 1. §. 3. ff. d. t.* quaſi actio de periculosè ſuſpenſo non ſufficiat, uti innuit JCtus in *d. l. 5. §. 12. ff. eod.* cùm damnum datum pœnam decem aureorum facilè excedere poſſit. Quòd, ſi damnum levius ſit, ita, ut placuerit actione de periculosè ſuſpenſo, ſaltem utili, experiri, erit læſus haud dubiè (quidquid contra ſcribat Hopp. *h. ad §. 1. verſ. Poſitum in fin.* audiendus: Id colligimus ex *§. 11. in fin. d. l. 5.* ibi: *Coërcetur autem, qui poſitum habuit, ſive NOCUIT id, quod poſitum erat, ſive non nocuit.* (a) Quid, ſi periculosè ſuſpenſum non ædibus, ſed alii loco eminentiori inhæreat, puta, ſi pictor in pergula clypeum, vel tabulam expoſitam haberet? Etiamſi ceſſaret Actio directa, cùm deficiant legis verba, obtinebit tamen utilis, quam Servius relatus in *d. l. 5. §. 12.* in verbis: *Servius reſpondit, ad EXEMPLUM hujus actionis dari oportere actionem; hanc enim* (directam) *non competere palam eſſe, quia neque in ſuggrunda, neque in protecto tabula fuerat poſita, indulſit.* Dicitur: *Patitur*, ubi nihil intereſt, ſive ipſe inhabitans poſuerit, ſive ab alio periculosè poſitum, ſuſpenſum patiatur, *d. l. 5. §. 10.*

Dicitur: *Poſſeque conveniri Actione in factum.* Quæ eſt *Actio, qua*
ille, qui periculosè ſuſpenſum patitur, convenitur, ut pœnam decem ſolidorum 8
perſolvat. Eſt Perſonalis Prætoria, Pœnalis, adeóque annalis, *arg. l. 35. ff. de O. & A.* Popularis. Verùm ſubmurmuras, cur, inquiens, Annalis? Non ergo licebit agere, ſi per annum, quis periculosè ſuſpenſum habeat? debebit igitur tolerari perpetuum caſûs periculum? quænam abſurditas? Non eſt ita, ſi benè capis: durante periculo tanquam actionis fundamento, ſemper durat actio; ſed anno adhuc continuatur, poſtquam cecidit, aut amotum eſt, in ordine ad obtinendam pœnam, quòd periculosè ſuſpenſum paſſus fuerit, *arg.* eorum, quæ mox deduximus ex *d. l. 5. §. 11. verſ. Coërcetur.* Porrò ex eo, quòd dixerimus, eſſe

(a) Dices cauſam Hoppii ſuſcipiens: Coërcetur quidem, ſi nocuit, ſed non hac actione. Verùm, integrum *hunc §.* loqui de actione ex hoc Edicto, legenti luculenter innoteſcet; ſiquidem de actione Legis Aquil. primùm agit in §. ſequenti, nempe 12. quaſi prior non videatur ſufficere, ſi fortè damnum pœnam decem ſolidorum excedat. Quid autem, ſi illa hâc ſit pinguior, fortaſſis quia damnum fuit modicum? Cur hic negabimus actionem effuſi? Quia, inquis, hac actione tantùm tenetur, qui poſitum habet *d. l. 5. § 6.* id eſt de facto adhuc habet. Si ſermo ſit de directa, benè arguis; ſi de utili planè negamus, cùm eadem, imò major pugnet æquitas, ſi jam nocuit, quàm ſi nondum nocuit.

popularem hanc actionem, ſatis conſtat, competere cuilibet de populo. Verùm, putáſne excuſandum fore Ulpianum, qui in *d. l. 5. §. fin.* poſtquam hanc actionem popularem dixerat, ſtatim ſubjungit, hæredi competere. *Iſta autem actio* (ita ſonant verba) *popularis eſt*, *ET HÆREDI SIMILIBUSQUE competit*, *in hæredes autem non competit*, *quia pœnalis eſt*, dum tamen aliunde notum eſt, actiones populares hæredibus quà talibus non competere, *arg. l. 7. ff. de popul. act.* Excuſabis, ſi dicas, Ulpianum loqui de caſu, quo periculosè ſuſpenſum, actu cecidit, damnúmque dedit, de quo *in §.* immediatè præcedenti locutus fuerat; ubi non dubitamus hæredes, quorum magis intereſt, eſſe præferendos ex ſententia ejusdem JCti in *l. 3. §. un. ff. d. t.* ibi: *In popularibus Actionibus is, cujus intereſt, præfertur*: (a) Vel, ſi præplacet, dicas cum *DD. Franz h. n. 6.* hæredes in *d. textu* ſumi non quà tales, ſed, ùt ſunt de populo.

9 Inhabitantibus non abſimilis eſt Exercitor Navis, Cauponæ, vel Stabuli, caſu quo ab iis, quorum operâ utitur, in rebus viatorum, quas ad cuſtodiam quà Exercitor (non quà alias Amicus, fortè in loco, ubi cauponam non exercebat, *Lauterb. Tract. ſynopt. de naut. caup. ſtab. §. 23.* Idem, ſi in rebus vicini ſui cuſtodiam promittat) recepit, damnum fuerit illatum, uti enim prioribus imputatur culpa, quòd in ſuam familiam non dilgentiùs inquirant, ita, & huic (ſed non ſine diſcrimine inferiùs dando) meritò imputatur, quòd utatur operâ malorum hominum, *§. ult. h.* ſi itaquè vel factô, vel aliô modô in rebus receptis damnum ab iis, quorum operâ Exercitor Navis, Cauponæ, vel Stabuli utitur, aut etiam ab inquilino, ſeu perpetuò habitantibus, illatum probetur, obſtringitur ad duplum damni dati præſtandum, datúrque ad illud conſequendum *Actio in factum, quà Exercitor ad duplum damni dati convenitur.* Eſt *Perſonalis*, utpote ex obligatione, occaſione hujus quaſi delicti promanante, orta: Prætoria, Pœnalis; ſed nihilominus ad exemplum actionis furti, adeóque ex ſpeciali diſpoſitione, Perpetua, *l. ult. §. ult. ff. naut. caup. ſtab.* Competit iis, quibus damnum datum eſt, eorúmque hæredibus, *§. ult. h.* contra Exercitorem Navis, Cauponæ, vel Stabuli, non item contra hæredes, *d. §. ult.* quia oritur ex quaſi delicto ſterili. Dictum fuit in definitione: *Ad duplum damni dati.* Sed utrùm duplum ſit mera pœna, num eidem ſimplum inſit? res non eſt deciſa. Poſterius contrà D. D. Franz *h. num. 8.* aſſerimus. Nimis quippe videtur durum ſine claro textu in duplum aliquem condemnari ob factum alienum, & ex [illegible] cul-

(a) Quomodo enim aliâs poſſet dari hæredibus læſi, ſi poſitum nondum ceciderit? Sunt, qui *hunc §.* capiunt de priori Edicti parte; nempe effuſi, vel ejecti, quaſi JC. ad illius explicationem redierit, ſeu aſcenderit. Optarem ſanè, ut textus ingenioſam hanc explicationem admitteret; Sed vereor!

Digitized by Google

culpa tantùm imputata, ſeu præſumpta. Nec movet, quòd tum in *l. ult. ff. naut. caup. ſtab.* tum in *l. un. §. 2. ff. furt. adverſ. naut. caup. & ſtab.* (qui titulus propriè eſt hujus loci) dicatur ſimpliciter in duplum; Nam conſtat, leges interpretatione potiùs molliendas, quàm exaſperandas eſſe, *l. 56. ff. de R. J.* Minùs perſuadet, quòd videatur æquiparari actioni furti, in *d. l. 6. §. fin. naut. caup. ſtab.* Siquidem hæc æquiparatio eſt in ſenſu accommodo intelligenda, quòd ſcilicet utraque in duplum ſit concepta; non tamen exinde ſequitur, quòd, ſicut actio furti purè pœnalis eſt, etiam iſta talis eſſe debeat, præſertim, cùm longè diverſa pûgnet ratio; illa quippe datur contra ipſum furem, qui in dolo formali verſatur, hæc verò contra illum, cui tantùm culpa imputatur, & ex facto alieno obſtringitur. Illud argumentum planè eſt frivolum, quòd, ſi eſſet mixta, daretur contra hæredes, ſaltem quatenus ad eos pervenit. Tranſire autem ad hæredes negetur in *d. l. ult. §. ult. naut. caup. ſtab.* Amabo! quid ad hæredes Exercitoris (ſi, uti ſupponimus, alius, cujus operâ utitur, furtum commiſit) pervenire, per ſe loquendo, & regulariter poterit, cùm reſpectu illius ſit quaſi delictum ſterile?

Porrò, ut Actor hac actione eluctari poſſit, probare debet, da- 10
mnum eſſe datum ab iis, quorum operâ Exercitor utitur, vel ab inquilinis, qui ordinariè inhabitant, *Caupo enim tantùm præſtat factum eorum, qui in ea caupona, ejus cauponæ exercendæ, vel habitandi causâ, ibi ſunt*, inquit Ulpianus in *d. l. un. §. ult.* non item hoſpitis, ſeu viatoris, *d. l. 6. §. 3. ff. naut. caup. ſtab.* Ratio redditur in *d. l. un. §. ult.* *Námque*, inquit JCtus, *viatorem ſibi eligere caupo, vel ſtabularius non videtur, nec repellere poteſt iter agentes.* Imò, inquis, poteſt, *l. 1. §. 1. ff. naut. caup. ſtab.* ibi: *Nam eſt in ipſorum arbitrio, ne quem recipiant.* Eſt, ſi abſolutè loqui velimus, ſed non civiliter, & ordinariè; ita, ut, ſi recipiant nullatenus (niſi aliæ circumſtantiæ concurrant) in culpam poſſit imputari: Vel etiam dici poterit cum Voëtio *ff. naut. caup.* ab initio poſſe repellere, cùm ad cauponam exercendam nemo poſſit cogi; ſecùs dicendum, quamdiu hoc exercitium profitetur. *Inhabitatores verò perpetuos* (pergit ibidem Ulpianus) *ipſe quodammodo elegit, qui non rejecit, quorum factum oportet eum præſtare.* Exinde elucet diſcrimen, quòd in effuſo, vel dejecto ſufficiat probare, fuiſſe ex hoc, vel illo cœnaculo effuſum, nec opus ſit probare, quòd unus de familia fecerit; nam in domo privata non præſumuntur adeſſe, niſi qui ſunt de familia, vel regulariter in domo; ſecùs in hoſpitio, ubi plerumque hoſpites inveniuntur, idcirco non ſtatim poteſt præſumi, damnum datum eſſe ab iis, qui regulariter ibidem morantur. Inde ſequitur, patremfamilias etiam teneri ex effuſione ab-

 hoſpi-

Digitized by Google

hoſpite facta, *d. l. 5. §. 4. ff. de his, qui eff.* cùm rariùs illud contingat: quod ipſum Exercitori imponere ſub pœna dupli, nimis durum foret. Quid, ſi damnum à liberis, vel uxore ſit datum? Ceſſabit hæc actio, quia uxor mala, & liberi mali, ùt ait Hopp. *ad §. 1. h.* ſunt malum neceſſarium, cùm nolens volens eos retinere debeat, hinc non erit afflicto addenda afflictio; cùm itaque, ſi probari non poſſit damnum eſſe datum ab iis, quorum operâ utitur, vel ab inquilinis, ceſſet hoc judicium.

11 Rogabis, qui in ejusmodi caſibus ſibi conſulet læſus? Recurrendum eſt ei ad ACTIONEM DE RECEPTO, *qua contra Exercitores Navis, Cauponæ, vel Stabuli agitur, ut res à viatoribus, vel navigantibus in cuſtodiam receptas, reſtituant.* Quò propriè ſpectat Rubrica Digeſtorum: *Nautæ, Caupones, Stabularii*, ut recepta reſtituant. Eſt perſonalis Prætoria, Rei perſecutoria Perpetua ad- & in hæredes Tranſitoria, *l. 3. §. 4. naut. caup. ſtab.* Oritur hæc actio ex quaſi contractu, uti maſculè defendit Thomaſ. *contra Hub. h. num. 4.* quatenus ejusmodi Exercitores cenſentur, recipere cuſtodiam omnium rerum in navem, cauponam, vel ſtabulum illatarum, *l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. pr. ff naut. caup. ſtab.* In hac ſufficit probare, res fuiſſe receptas, vel ſaltem ſciente Exercitore, aut ejus ſubſtituto in navem, cauponam, vel ſtabulum illatas; cùm hic etiam viatorum, ſeu navigantium factum præſtare debeat, *dd. tt.* Verùm, quid hac actione opus, cùm ſuppeditet Actio locati, aut etiam depoſiti? Miratur ipſe Pomponius ab Ulpiano relatus in *d. l. 3. §. 1. ff. naut. caup. ſtab.* cur honoraria actio ſit inducta, cùm ſint civiles? *Fortè ideo*, inquit, *ut innoteſceret Prætor curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum: Et quia in locato-conducto culpa* (id eſt levis) *in depoſito dolus* (cujus nomine tamen venit & culpa lata, *arg. l. 226. ff. de V. S.*) *duntaxat præſtatur: At hoc edicto omni modo, qui recepit, tenetur, etiamſi ſine culpa* (levi) *ejus res periit, vel damnum datum eſt, niſi, ſi quid damno fatali contingit.* Unde colliges, in actione de recepto venire culpam etiam leviſſimam. Suppoſito autem, quòd læſus Exercitorem, uti poteſt, *l. 3. §. f. l. 6. §. ult. ff. naut. caup. ſtab.* elegerit, illique iſte ſatisfecerit, huic ſuccurrendum eſt contra eum, qui damnum dedit, vel actione locati-conducti, vel actione ceſſa ab eo, qui damnum paſſus eſt, eritque pro diverſitate caſuum, vel Actio furti, vel Legis Aquiliæ: Id, quod etiam ad alia quaſi delicta proportionaliter extendendum eſſe, probat Labeo apud Ulpianum in *l. 5. §. 4. ff. de his, qui effud. vel deject.* (a) Sed quid, quòd

(a) Quid de rebus eorum, qui gratis navigant? Idem, quod de aliis dicendum *l. 6. pr. ff. d. t.* Eſto Exercitor pro earum vectura nihil habeat, *l. 4. §. 2. ff. eod.* ſiquidem etiam fullo pro cuſtodia nihil accipit, & nihilominus de ea tenetur, ùt optimè ratiocinatur Gajus in *l. 5. pr. ff. d. t.*

Digitized by Google

quòd in *b. text.* videatur JCtus contra inhabitatorem impertiri actionem Legis Aquiliæ, quæ juxta nos ex vero delicto oritur: cùm tamen iſte verſetur tantùm in quaſi delicto, ex dictis? Debet textus ſupponi de caſu, quo aliquid effuſum eſt ex ejus culpa vera, quod innuere videtur §. immediatè præcedens: ſed, inquies, hic ceſſabit regreſſus contra eum, qui effudit, quem tamen JCtus ibidem indulget: indulget equidem regreſſum, ſuppoſito, quòd vera culpa inhabitantis non intervenerit, adeóque in *d. §.4.* duo diverſi caſus ponendi ſunt, uti probè conſideranti patebit. Noodt *lib 1. probab. c. 10.* contendit, locò LEGIS AQUILIÆ legendum eſſe: IN FACTUM ACTIONE. Non enim eſſe confundendas, probant ea, quæ habet ipſe Ulpianus (qui etiam eſt Author *cit. l. 5.*) *in l. 1. §. 4. ff. d. t.* Non vana eſt conjectura Memorati ſuprà van Bynckersh. *obſ. lib. 1. c. 13.* Ulpianum fuiſſe locutum ad normam juris veteris, ubi (uti ille putat) effuſum, vel dejectum ad alterum caput Legis Aquiliæ ſpectabat. At, quid ad nos digreſſio tot difficultatibus præpedita, tot ingeniis diſcuſſa, ſed non excuſſa? Cæterùm utraque Actio tam in factum, quoad duplum, quàm de recepto in ſuis natalibus impeditur, imprimis, ſi Exercitor prædixerit, ut unusquisque vectorum, ſeu viatorum res ſuas ſervet, neque damnum ſe præſtiturum, & vectores præcautioni acquieverint, uti notat Ulpianus in *d. l. ult. in fin. pr. ff. naut. caup. ſtab.* Num ſufficiat, ſi exercitor hoſpiti claves cubiculi conſignaverit? Non audemus cum *cit.* Voëtio *loc. ſup. alleg. n. 7.* indiſtinctè aſſerere, ſed rem pro uſu loci, & circumſtantiarum varietate arbitrio judicantis impræſentiarum decidendam relinquimus. Impeditur inſuper, ſi culpa ipſius læſi intervenerit: Pone, fuiſſe nundinarum tempore, ubi adeſt confluxus maximus viatorum, receptos equos, furémque audaciorem Agaſonis perſonam egiſſe, aquationiſque, vel alio prætextu nonnullos equos abduxiſſe: Vix hoc damnum Exercitori imputari poterit; ſiquidem ejusmodi res arctiam cuſtodiam non recipiunt, &, cùm ad eas cuilibet pateat aditus, debuiſſet ipſe viator cuſtodem apponere. *Titius, in Theſ. Jur. ff. naut. caup. ſtab. num. ult.*

TITULUS VI.

De Actionibus.

ACtionis vocabulum hactenus vix non toties audivimus, quot folia pervolvimus: imò jam in *lib. 1. tit. 3. num. 1.* per tranſennam memoravimus, Actionem tertium Juris Caput conſtituere, cujus diſcuſſionem hucusque cum Compilatore noſtro differre oportuit. Neceſſi-

ceſſitas, & amplitudo hujus materiæ exinde ad oculum patet, quòd, depravata hominum indole ita ferente, vix unus, aut alter ſit, qui ſine lite, ſine coactione judiciali ad juſtitiæ dictamen animum advertat, coactio verò judicialis plerumque (videlicet, niſi ſuppetat officium Judicis, quod ab initio, juxta vernaculum axioma: Wo kein Kläger, iſt kein Richter, non obtinet) prævia actione ſequi debeat. Cùm autem pro diverſitate Jurium, ex quibus oriuntur actiones, varia ſint earum genera per diſtinctas, eáſque in ſectiones, & §§os, ſubdiviſas Partes pro materiæ exigentia, atque dignitate, ea, qua fieri poterit, brevitate juxta ordinem Jurium realium, atque perſonalium, nec non Actionum exinde emanantium tum Realium, atque Perſonalium, cùm Civilium atque Prætoriarum methodum ordinatè procedendum erit. Hinc præmittitur

PARS I.

De Actionibus in genere.

§. I.

Quid, & quotuplex ſit Actio?

1 DUplex eſt Actionis juridica conſideratio Abſoluta, & Reſpectiva. Abſolutè conſideratur, ùt eſt jus in bonis noſtris exiſtens, nóſque beans, ita, ut poſſimus de illa pro libitu, ceu de aliis rebus noſtris diſponere, adeóque vendere, donare &c. Sub hoc reſpectu conſideratur ab Ulpiano in *l. 49. ff. de V. S.* & nos quædam prælibavimus *lib. 2. t. 2. & 20. n. 9.* nec non *lib. 3. t. 24. n. 4.* Reſpectivè accipitur prout ordinem dicit ad judicium, ſeu, ùt eſt remedium, alterum conveniendi in judicio, ut obligationi ſuæ (ſume generaliter) ſatisfaciat: In hac acceptione definitur in *princ. h.* quòd *ſit Jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur.* Dicitur: *Jus*, id eſt, facultas, ſeu poteſtas à Jure conceſſa. Dicitur *Perſequendi:* Quod vocabulum imprimis competit etiam interdictis, ſeu remediis, in quibus de poſſeſſione, vel quaſi diſceptatur, & deinde facit actionem differre ab Exceptione, qua non perſequimur aliquid, ſed actionem ab alio de Jure, vel facto intentatam elidimus, ac repellimus, *l. 2. ff. de except.* Quamvis, & qui excipit in ſenſu latiori, actor dici poſſit. *Agere etiam is videtur* (infit Ulpianus in *d. l. 1. ff. de except.*) *qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor eſt.* Dicitur: *In judicio:* Aliter enim non licet ab alio invito executionem

nem extorquere: Lectu hic dignum eſt Decretum D. Marci à Caliſtrato relatum in *l. 13. ff. quod met. cauſ.* Quò etiam ſpectat dictum Pauli in *l. 176. ff. de R. J.* *Non eſt ſingulis concedendum, quod per Magiſtratum publicè poſſit fieri, ne occaſio ſit majoris tumultûs faciendi.* Hic ulteriùs notâ dignum eſt, alia in Jure, alia in Judicio fieri: *In Jure* olim fieri dicebantur, quæ fiebant præliminariter apud Prætorem, qui poſteà Judici pedaneo formulam præſcribebat: *In Judicio*, quæ poſtea peragebantur coram Judice pedaneo. Hodie, quæ fiunt ante litem conteſtatam, dicuntur *in Jure* fieri, quæ pòſt, *in Judicio*. Confer. *Vinn. ad §. 1. h. n. 3. & ſeq.* (a) Dicitur *Sibi*: Unde patet nomine actionis propriè dictæ non comprehendi accuſationem, ubi criminaliter agitur, quia ibi non perſequimur, quod nobis, ſed quod Reipublicæ debetur. Dicitur ultimò: *Debetur*: Quod ſumendum paulò latiùs, adeò, ut comprehendat etiam id, quod noſtrum eſt, ùt innuit Ulpianus in *l. 178. §. fin. ff. de V. S.* ibi: *Hoc verbum DEBUIT omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, ſive civilis, ſive honoraria, ſive fideicommiſſi fuit perſecutio.* Hinc malè arguunt, qui contendunt, hac definitione non comprehendi actionem realem, quaſi illâ non petamus, quod debetur, ſed quod noſtrum jam eſt; Nam etiam in actione reali debetur nobis vel poſſeſſio, vel ſaltem reſtitutio phyſica, ſeu corporalis, *arg. l. 9. & 68. de R. V.* Habes definitionem, cape jam diviſiones juxta methodum cauſarum, ordiendo à Cauſa Efficiente, unde proveniunt. Actiones oriri immediatè ex aliquo jure, ita, ut, ubi nullum præceſſit jus, ibi nulla ſit poſſibilis Actio, res ipſa loquitur, cùm Actio ſit juris Exercitium in judicium deductum. Jam nondum memoriam effugit, diviſiſſe nos in *lib. 2. tit. 1. p. 1. §. 3. num. 9. & ſeq.* omnium primò jus in Jus PERSONARUM, & Jus RERUM. Ex *Illo* diximus, oriri Actiones Præjudiciales, in quibus agitur de Statu hominum, quæritúrque, utrùm quis ſit Liber, num Servus, In-

Uu

(a) Rem ab origine repetit, atque, initio veroſimiliter Prætorem ipſum, utpote in hunc finem conſtitutum, de omnibus cauſis cognoviſſe: Poſteà verò, cùm gravioribus negotiis fuerit occupatus, ejúsque dignitas indies excreverit, obtinuit, & paulatim in juriſdictionem ordinariam migravit, ut Prætor aditus non ipſe judicaret, ſed ſummatim auditâ cauſâ, formulam Judici pedaneo (ad pedes Prætoris hi Judices ſedebant) præſcriberet, qui nudam notionem circa factum (non jus) habebant, ſine imperio, ſeu coërcitione, lataque ſententia eorum officium extinguebatur. *l. 5. 15. & 55. ff. de re jud.* Erant tamen quædam cauſæ exceptæ, in quibus ipſe Magiſtratus debebat cognoſcere, dicebantúrque juriſdictionis extraordinariæ, quò ſpectabant cognitiones de ſalariis Profeſſorum, Advocatorum, Medicorum, reſtitutionis in integrum ex capite minorennitatis. Quæ omnia poſtea, ſublatis formulis, immutata, & ipſis Magiſtratibus commiſſa ſunt. *l. 2. C. de pedan. Judicib.* ùt pluribus in Pandectis tradi ſolet.

Ingenuus, vel Libertinus, Pater-vel Filiusfamilias. Ex iſto oriuntur Actiones circa Res, quarum Summa diviſio (& hactenus benè Tribonianus *§. 1. b.*) eſt, quòd

2 Aliæ ſint REALES, aliæ PERSONALES. *Reales* etiam in Rem dictæ ſunt, quæ oriuntur ex jure in Re, ſeu Reali: *Perſonales* etiam *in Perſonam* nuncupatæ, quæ oriuntur ex jure ad Rem, ſeu Perſonali. Quid hi termini indicent, revideantur dicta *loc. mox cit.* Ratio hujus diviſionis ſubminiſtratur ab Imperatore in *d. §. 1. b. Namque agit unusquisque*, ait, *aut cum eo, qui ei obligatus vel ex contractu, vel ex maleficio* (adde, vel ex æquitate naturali) *quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas intendit adverſarium ei dare* (id eſt, dominium transferre, *§. 14. b.*) *aut facere oportere* (per quod intelligitur factum quoddam perſonale, v.g. pingere tabulam, ædificare domum, *vid. l. 28. l. 72. pr. & 75. §. 7. ff. de V.O. Vinn. ad §. 1. b. num. 15.*) *& aliis quibusdam modis* (videlicet ad præſtandum, vel reſtituendum, uti fit in actione commodati, depoſiti, pignoratitia, locati. *Vinn. ad d. §. 1. b. num. 2.* quæ facti nomine non veniunt, nec enim traditio, niſi ſit in ſtipulationem deducta, ſed res principaliter reſpicitur) *aut cum eo, qui nullo jure ei obligatus eſt* (intellige obligatione quadam ſpeciali) *movet tamen alicui controverſiam, quo caſu proditæ Actiones in rem ſunt: veluti, ſi rem corporalem poſſideat quis, quam Titius ſuam eſſe affirmat.* Unde advertis, ſi quis agat immediatè ex contractu, vel quaſi; ex delicto, vel quaſi, indubitanter eſſe actionem Perſonalem, cujus terminus eſt (regulariter) obligatio: Quòdſi verò ſe fundet in jure, *in Re*, v.g. in dominio, ſervitute, pignore, aut poſſeſſione, quamvis pro cauſa remota ad transferendum dominium neceſſaria titulum, puta emptionem-venditionem, donationem &c. alleget, eſſe actionem Realem, cujus terminus eſt poſſeſſio. Notandum ulteriùs, Actiones Reales termino generali etiam appellari *Vindicationes*, quatenus rem, ſeu jus noſtrum, quod ab alio poſſidetur, vel quaſi vindicamus, Perſonales verò, quibus dare, aut facere oportere, quis contendit, *Condictiones*, quatenus, qui condicit, propriè intendit, ut ſibi dominium transferatur; dari enim (quod eſt indicium condictionis) cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat, *vid. §. 14. & 15. b.* Limita, ſi materia ſubjecta aliter ſuadeat, ita pignus (etſi dominii translationem reſpuat) datum dicitur in *l. 1. C. de N. N. P. vid. Hub. b. num. 18.* ubi ſimul advertit, in nulla actione reali agi poſſe propriè loquendo ad *dandum*, id eſt, dominium transferendum, quod verum eſt, & patebit ab inductione omnium actionum realium. At his indignabitur cui, uti & nobis, perſuaſum eſt,

Digitized by Google

eſt, in actionibus reſciſſoriis agi ad dominium, præſcriptione, vel alienatione reverà omiſſum, recuperandum. Ceſſabit concepta bilis perpendenti, his actionibus dominium tantùm conſecutivè, impetrata nimirum reſciſſione, recuperari; imò actorem dicere, rem, quam petit, in bonis ſuis manſiſſe, *§. 5. & 6. b.* Interim tamen, haud perſuaſum habeas, velim, omnes actiones reales dici *Rei vindicationes;* cùm aliud ſit vindicatio, aliud *REI* vindicatio: Illa competere poteſt omnibus actionibus Realibus: iſta tantùm actioni, quæ ex dominio oritur, propriè convenit. Item aliud eſt condicere, aliud ſimpliciter in perſonam agere: Hoc obtinet in omnibus actionibus, ſive ex contractu, ſive ex delicto naſcantur: Illud, ſi preſsè loquamur, & ex arte, ſolummodo locum habet, ubi agitur à non domino contra dominum (excipe condictionem furtivam) præcisè ad conſequendum dominium: Quantum autem interſit ſcire, num ſit actio Realis, vel Perſonalis, vel ex eo ſolùm conſtat, quòd prior (ſaltem regulariter) detur contra quemcunque poſſeſſorem, eſto mihi ex nullo facto prævio, ſeu licito, ſeu illicito obſtrictus ſit, dummodo poſſideat: Non item poſterior, quæ (ſi actiones dativas, de quibus ſtatim, excipias) factum aliquod obligationis ſpecialis productivum neceſſariò ſupponit: Deinde in actionibus realibus Actor non intendit acquirere novum jus, ſed illud, quod habet, declarari. Hopp. ad *§. 1. b.* Sunt igitur

Aliæ Actiones, & quidem tam Reales, quàm Perſonales, NATIVÆ, aliæ DATIVÆ. Priores ſunt, quæ ſupponunt factum aliquod inter actorem & reum, vel ſaltem eorum, quorum operâ utuntur, vel curam habere debent, proportionatum ad producendam aliquam actionem, puta contractum vel quaſi, delictum vel quaſi. Poſteriores, quæ nullum ejuſmodi factum ſupponunt, ſed præcisè, ita ſuadente æquitate naturali, à lege ſive ſcripta, ſive non ſcripta, vel etiam quandoque Prætoris Edicto, ſunt quaſi genitæ, atque accommodatæ. Dixi: *Ejuſmodi factum.* Factum enim tertii, nullum inter actorem, & reum reſpectum habentis, etiam in Actionibus dativis quandoque intervenit, ſic intervenit metus in actione quod metûs causâ, factum animalis in quadrupedaria: prout optimè advertit *Illuſtr. D. D. de Herz p. m. Tract. de fid. pact. c. 1. §. 7. num. 47. in fin.* His jungantur, quæ diximus ſuprà *lib. 3. tit. 14. de oblig. p. 1. num. 4.* ubi ſimul apparet notabilis differentia, quòd in actionibus Nativis debeat probari factum prævium, ſeu licitum, ſeu illicitum, vel ipſius debitoris, vel ſaltem eorum, quorum factum, vel curam præſtare cogitur: Non item in Dativis, ubi fundamentum agendi immediatè ex diſpoſitione legis derivatur. *Ludov. in Theſ.* 3

Digitized by Google

Jur. ff. de O. & A. num. 20. (a) Maximam etiam Dativæ habent affinitatem cum actionibus realibus, quatenus pariformiter, cùm ſint in rem ſcriptæ, dantur contra quemcunque poſſeſſorem, ita quidem, ut, licèt civiles ſint, ac perſonales, adeóque de ſe perpetuæ, contra tertium tamen bona fide poſſidentem, ad exemplum rei vindicationis, longo tempore extinguantur, *arg. l. 3. C. de bis, quæ vi met. cauſ. fiunt.*

Aliæ CIVILES, aliæ PRÆTORIÆ, quæ & HONORARIÆ audiunt, *arg. §. 7. de J. N. G. & C. L. 35. pr. ff. de O. & A.* aut etiam quandoque in FACTUM appellantur, *l. 11. ff. de P. V.* Illas dicimus, quæ ſubſtantiam capiunt à Jure Civili videlicet, vel à lege, vel Plebiſcito, vel SCto, vel denique Principis placito: Has nuncupavimus, quæ originem traxerunt à Jure, ſeu Edicto Prætoris, *§. 2. & 8. h.* Dixi: *Originem.* Nec enim ſufficit, Prætorem actionem à Jure Civili inventam approbâſſe, quale exemplum habetur in *l. 1. pr. ff. commod. & l. 1. §. 1. ff. depoſ.* vel quodammodo extendiſſe, uti fecit quoad rei vindicationèm, in *l. 26. §. 2. de nox. act. arg. l. 27. §. 3. ff. de R. V.* & nihilominus rei vindicatio manet in ſe civilis; ſed opus eſt, ut eam quoad ſubſtantiam propoſuerit. Nec moramur, quòd actiones Jure Gentium jam introductæ, ex eo, quòd Jus Civile approbaverit, dicantur civiles. Nam diſcrimen exinde paret, quòd Jus Romanum Actiones Juris Gentium formâ, ac formulâ veſtierit, quâ non appoſitâ, in foro Romano nudæ manſiſſent nullâ efficaciâ ſubnixæ, *arg. l. 2. §. 6. ff. de O. J.* Econtra Actiones Civiles, eſto à Prætore non fuiſſent approbatæ, ſeu quaſi veſtitæ, attamen in publicum cum efficacia prodire potuiſſent. Minus faſtidium parit, quòd Actio Tributoria, Exercitoria, quod juſſu & reliquæ ejusdem qualitatis, quamvis à Prætore tantùm ſint extenſæ ad alias perſonas, ùt ſuo loco videbimus, nihilominus ſint Prætoriæ: ergo eſto Rei vindicatio contra fictum poſſeſſorem tantùm ſit extenſa, nihilominùs fiet prætoria. Nam vel dici poteſt, eſſe prætoriam pro illo caſu, uti etiam vocatur in *d. l. 26. §. 2. ff. de nox. act.* de ſe tamen manere intra can-

(a) Notabiliſſimum exemplum actionis dativæ habetur in *l. 32. ff. de R. C.* éſtque iſtud. Primus petit à Secundo & Tertio Sociis 1000. florenos mutuos: Secundus mandat Quarto creditori ſuo extra ſocietatem tali, ut numeret. Quartus à Primo interrogatus, num velit numerare, promittit, & numerat Primo; Iſte autem crediderat, Quartum non Secundo, ſed Tertio debere, conſequenter non habuit animum ſe obligandi Secundo; ſed Tertio; hinc à Secundo conventus ſolutionem renuit. At perperam; ex æquitate quippe, eſto nullum factum, ſaltem proportionatum ad actionem productivam, inter actorem & reum, id eſt, inter Primum & Secundum intervenit, juſtiſſimè condemnatur, quia pecunia Secundo reverà debita ad Primum pervenerat, ùt prudentiſſimè arguit JCtus Celſus in *d. l. 32.*

cancellos actionum civilium, vel dari poteſt diſparitas, quòd rei vindicatio non tam dicatur extenſa, quàm potiùs fictus poſſeſſor in linea veri poſſeſſoris collocatus, ut potiùs jure comprehenſionis, quàm extenſionis ad poſſeſſores ſpectet: quod de iis, qui actione Tributoria, & reliqui conveniuntur, dici non poteſt, dum illi non finguntur una cum principali, ſeu præponente perſona, ſed ipſa actio ad eos verè extenditur. Dices etiam, pace noſtra, has actiones tantùm qualitate quadam eſſe prætorias, quoad originem verò manere civiles. Hic, dum ad differentias tendere meditamur, tu pergere recuſas, ſcire cupiens, quænam oriatur actio ex reſponſis Prudentum, tanquam nobili etiam ſpecie, ſeu portione Juris Civilis, *arg. §. 7. de J. N. G. & C.*? Nulla: Nullibi enim poteſtas Actiones *conſtituendi*, ſed tantùm *interpretandi*, an lege data eſſet, JCtis conceſſa legitur in *l. 2. §. 6. & 12. ff. de O. J.* ſiquidem aliud eſt actionem conſtituere, & aliud actioni jam inventæ novam agendi formulam præſcribere: hoc non illud proprium erat JCtorum, uti oſtendit Vinn. ad *§. 4. h. num. 3.* eorúmque (inter quos eſt etiam noſter Someting *h. p. 2. num. 10. verſ. 3.*) errorem notat, qui Prudentum authoritatem ad poſſibilitatem actionem conſtituendi extendunt. (a) Jam ultrà exſpectas, quænam ſit inter has actiones differentia? Una eſt, quòd Actiones civiles ſint Ordinariæ: Prætoriæ verò Extraordinariæ, & tantùm in ſubſidium conceſſæ, unde ceſſant (regulariter, & niſi ſint pinguiores) ſi ſuppeditet actio civilis, *arg. l. 1. §. 1. ff. de publ. in rem act. & l. 16. ff. de min.* Altera, quòd illæ, uti erat ipſa Juriſdictio civilis, indiſtinctè, adeóque etiamſi pœnam conſequantur, ſint Perpetuæ; Econtra iſtæ, nempe Prætoriæ, præſertim pœnales, regulariter, ùt erat ipſa Prætoris juriſdictio, Annales, uti ſuo loco videbitur, dabunturque exceptiones.

Aliæ denuo ſunt DIRECTÆ, aliæ UTILES, aliæ in FACTUM, *l. 37. pr. ff. de O. & A. l. 47. §. 1. ff. de neg. geſt. §. ult. Inſt. de L. Aquil. Illæ* ſunt, quæ oriuntur ex ipſis legum verbis. *Alteræ*, quæ ex mente legis, ubi nimirum militat eadem ratio, deſcendunt, obtinet enim illud Gaji in *l. 32. pr. ff. ad L. Aquil.* quòd, ubi eſt eadem ratio, eadem etiam

(a) Quid hoc? Utique novam agendi formulam præſcribere idem eſt, atque actionem dare, ſeu invenire, ùt mox ſuprà de actionibus Jure Gentium talibus audivimus? Dabant, non diffitendum, JCti formulas agendi; ſed tantùm actionibus Jure Civili jam inventis ſeu approbatis, adeóque authoritate Juris Civilis, tanquam cauſa inſtrumentalis. Prætores verò actiones Jure Civili planè incognitas conſtituebant. *d. l. 2. §. 6. & 12. ff. de O. J. & §. 7. de J. N. G. & C.* Hinc etiam ſuperiùs diximus FORMA (id eſt ſubſiſtentia, & agendi efficacia) ac FORMULA id eſt modo agendi *veſtierit.*

ſit Juris diſpoſitio; Lege enim non poterant omnes caſus particulares exprimi, unde vel maximè ad legis rationem in danda actione recurrendum. *Iſtæ*, quæ neque ex verbis, neque ex mente, ſeu eadem ratione legis, ſed ex ulteriori interpretatione Prudentum emanant, *§. fin. de Leg. Aquil. l. 11. ff. de P. V.* (a) Exempla dedimus ſuprà *de Leg. Aquil. n. 8.* & alia obviabunt in decurſu. Illud tamen obſervandum, non tantùm actiones prætorias, *l. 11. ff. de P. V.* ſed etiam civiles utiles, *in factum* quandoque nuncupari, uti *loc mox cit.* notavimus, atque hoc medio Tribonianum contra Thomaſium in Compilatorem nimiùm, quantùm indiſcretum *ibid.* defendimus: Quibus addimus, Actionem *in Factum* toties dici, quoties nomen actionis deficit, ùt indicat Pomponius in *d. l. 11. ff. de P. V.* Cæterùm, utrùm ex verbis, vel mente legis oriantur, in effectu hodie parùm refert: uti colligimus ex verbis Pauli in *l. 47. de neg. geſt.* ibi: *Actio negotiorum geſtorum illi datur, cujus intereſt, hoc judicio experiri. Nec refert directa quis, ao utili actione agat, vel conveniatur, quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non obſervatur* (uti hodie ubique) *hæc ſubtilitas ſupervacua eſt, maximè, cùm utraque actio ejuſdem poteſtatis eſt, eundémque habet effectum.*

4 A *Subjecto* ſunt vel POPULARES, vel NON POPULARES. *Populares*, quæ competunt cuilibet de populo, adeóque neque admittunt Procuratorem, *l. 5. ff. de popul. act.* nec faciunt locupletiorem, *l. 7. §. un. ff. eod.* neque etiam ad - vel in hæredes tranſeunt, *d. l. 7. pr. l. fin. ff. d. t.* quæ omnia intellige ante litem conteſtatam, per litis enim conteſtationem Actor fit dominus, *arg. l. 23. C. de procur.* Huc ſpectat Actio Effuſi, vel Dejecti, aut periculosè Suſpenſi. Dubitabis, num hæ Actiones ſub noſtra definitione comprehendantur, adeóque, num huc poſſint reduci? Tam parùm, ùt videtur; quàm criminales: At eſt differentia, quia illæ ſunt

(a) Hæc diviſio vel maximè obtinebat in vigente adhuc proceſſu formulario, ubi actionum formulæ ex lege erant conceptæ. *l. 2. §. ff. de O. J.* Si igitur caſus accuratè & directè ad ipſam legem & exinde deductam formulam reduci poterat, dicebatur actio directa. Quòd ſi formula ob quamdam diverſam circumſtantiam ad caſum ſeu legis verba applicari non poterat, ſpectata tamen æquitate, quæ humaniori Jurisprudentia juvaleſcente præ oculis habebatur, illuc reduci potuerit, dicebatur actio utilis, ſcilicet ad exemplum directæ introducta *l. 5. §. 21. ut poſſ. legat. l. 1. C. de precar.* Erat enim JCtorum officium formulas illas paulatim inflectere. Atque harum formularum uſus vigebat, quoties ordinario modo, Judice pedaneo dato agebatur. Hinc ſi per extraordinarias cognitiones Prætor ipſe procedebat, uſus formularum haud obtinebat, & huc collimare videtur Paulus in *d. l. 47 ff. de negot. geſt.* ſublatis nempe Judicibus pedaneis. Interim tamen earum notitia eſt neceſſaria, ut quis disquirere valeat. Num competat actio (directa ſit vel utilis, parum aut nihil refert) vel non? Addatur Böhmer *de Action. Sect. 1. c. 3. §. 54. & ſeqq.*

ſunt ſaltem ſub noſtro patrimonio poſt litem conteſtatam, non item criminales: in illis pœnâ actoris lucro cedit, *l. 11. de V. S.* non item in iſtis. NON POPULARES, quæ dantur certis, & determinatis perſonis, quarum principaliter intereſt, ùt pleræque actiones: Súntque rurſus vel SIMPLICES, vel MIXTÆ. *Illæ* ſunt, ubi unus eſt Actor, alter Reus: *Iſtæ*, ubi uterque Actor eſt, uterque Reus. Súntque actiones diviſoriæ, nimirum familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & Actio finium regundorum, nec non Interdictum, uti poſſidetis, & utrubi *l. 37. §. 1. ff. de O. & A.* In his quippe uterque agit ad rei diviſionem, vel finium directionem, uterque pariter convenitur, ita, ut neuter habeatur ſimpliciter pro actore, neuter pro reo, & conſequenter pro neutro pugnet regula, quòd in pari cauſa melior ſit conditio Rei: In ordine tamen ad modum procedendi, ne fiat confuſio quoad actus judiciales peragendos, ille habetur pro actore, qui primò provocavit: Si ſimul venerint, ſorte res erit dirimenda. De his actionibus ſatis egimus *lib. 3. tit. 28. §. 2.* Solùm diſcutiendum ſupereſt, num iſtæ Actiones etiam eo ſenſu dicantur mixtæ, quòd partim ſint reales, partim perſonales, ſeu, utrùm dentur actiones partim reales, partim perſonales? Non pauci quadrigam Actionum Mixtarum ſtatuunt, nempe petitionem hæreditatis, & tres iſtas præmiſſas. Ita Lauterb. *ff. de pet. hær. §. 4. fin. reg. §. 2. Et fam. erciſc. §. 3. Stryck. V. M. P. de pet. hær. §. fin. & fin. reg. §. 2. & 3.* cum aliis, quos allegat D. D. Franz *h. t. p. 5. ſect. 1. §. 3. num. 6.* quibus addatur *Voët. ff. fin. reg. num. 4.* Ratio potiſſima horum Authorum de tribus poſterioribus (de priori enim dicetur proprio loco) eſt, quòd in his actionibus petamus imprimis rem noſtram, ſaltem quoad partem, quod fit jure dominii nobis in illa competentis, indicátque actionem realem: Deinde ſimul petitur, ut dividantur præſtationes perſonales, fortè alteruter expenſas in rem communem fecit, vel in ea ſolus fructus percepit, quapropter actio finium regundorum *pro rei vindicatione* eſſe dicitur *l. 1. ff. & arg. l. 1. C. fin. reg.* atque *cohærere controverſiæ proprietatis in l. 3. C. eod.* Actio familiæ erciſcundæ *conſtare rebus, & præſtationibus, in l. 22. §. pen. ff. famil. erciſc.* Ac ſimul omnes videntur obtinere *cauſam mixtam* tam in rem, quàm in perſonam, in *§. 20. h.* Verùm hæ rationes à nobis aſſenſum nullatenus impetrant, quibus jamdiu perſuaſum eſt, has actiones eſſe purè perſonales, utpote præciſè ex quaſi contractu, nimirum ex communione, vel finium confuſione oriundæ. Siquidem, quòd tam confuſio finium, quàm rei communio ad quaſi contractus reduci debeat, probatum dedimus *loc. ſuperiùs alleg. num. 7. & 8.* quòd autem his actionibus nullatenus interveniat quæſtio

do-

Digitized by Google

dominii, hoc diſcurſu evincitur: Vel enim Adverſarius fatetur hæreditatem, aut rem particularem (idem proportionaliter de confuſione finium) eſſe communem; vel non? Si prius, diviſionem petens unicè ſe fundat in communione, ſeu conſenſu præſumpto, quo quis ad diviſionem, altero petente, ſe obſtrinxiſſe cenſetur; nullóque modo quæſtio dominii allegatur, vel in eo ſe fundat Actor. Si poſterius? Non eſt locus actionibus diviſoriis, ſed vel petitione hæreditatis, vel rei vindicatione experiundum eſt. Hinc falſum eſt, me diviſionem petere jure condominii, ſed præcisè comunionis; conſequenter, ſi Adverſarius, ſuppoſitô, quòd fateatur, rem inter nos eſſe communem (quod in his actionibus ſupponendum) opponat, me non eſſe dominum, certè replicabo: ſaltem habeo jus tecum æquale, adeóque dividatur. Interim non negamus, has actiones habere aliquamdam ſimilitudinem cum rei vindicatione, quatenus partem noſtram conſequimur. Hinc eſt, quòd Imperator in *§. ult. de offic. jud.* adnotet, id, quod his judiciis alicui adjudicatum fuit, id ſtatim ejus fieri (ſuppoſitô, quòd priùs pro indiviſo fuerint domini) cui adjudicatum eſt. At non jure dominii ſed communionis, & ex officio Judicis, non ex natura actionis: Et tantum, nec plus evincunt textus in contrarium adducti; ſanè etiam in actionibus commodati, depoſiti, pignoratitia rem noſtram petimus, nemo tamen ſomniavit, ſimul eſſe reales, quia non jure dominii, ſed contractûs agimus: conſequenter idem in his actionibus dicendum. Et hanc ſententiam poſt alios quos citat, & ſequitur Laudd. D.D. Franz *loc. cit. num. 5.* ſolidè defendit Vinn. *ad §. 2. h. num. 8. Harp. ad §. 1. d. t. num. 15.*

Dices cum Voëtio, ubi ſupra, tunc primùm agi ex quaſi contractu, utì innuitur ex *§. 3. de oblig. quæ quaſi ex contr. naſc.* quando alteruter expenſas in rem communem fecit, vel in ea ſolus fructus percepit, ipſam namque communionem eſſe quaſi contractum, ait ille, erroneum eſt. Verùm (ignoſcat vir aliàs in Jurisprudentia meritiſſimus) magis adhuc erroneum eſt immiſcere velle quæſtionem, ſeu cauſam dominii, ubi nulla ſubeſt. Pone mihi & tibi ab alio, quem, num ſit dominus, ignoramus, rem quamdam fuiſſe donô traditam, quis noſtrûm partem ſuam jure dominii expetet, cùm ſimpliciter dicere poſſit; dividatur, quia inter nos communis eſt. Profectò ſtultiſſimus erit (utimur argumentô Imperatoris in *§. 5. quod cum eo, qui in alien. pot. eſt &c.*) ſi omiſſa actione, qua facillimè diviſionem conſequi poteſt, ſe ad difficultatem probandi dominium induci patiatur. Nec quicquam Authori patrocinatur *cit. §. 3. de oblig. quæ quaſi ex contr. naſc.* Nam ibi manifeſtè ſupponitur, rei communionem eſſe quaſi contractum, eáque etiam extenditur

ad

ad præſtationes perſonales, cùm in iis pugnet eadem, quæ in ipſa communione, ratio; videlicet, quòd inter ſe nihil contraxerint, ſed cùm non ex maleficio teneantur, quaſi ex contractu teneri videantur. Aſt, quænam ex hac quæſtione practica utilitas? Hæc, quòd, ſi mixtas dicas, poſſint non tantùm in loco domicilii, ſed etiam rei ſitæ inſtitui, ſi verò purè perſonales aſſeras, tantùm in loco domicilii, ubi nimirum reus conventus ordinariè moratur, veluti poſt Zang. *de Except. p.2.c.1.n.293. & duob. ſeqq.* docet Stryck. *V. M. P. fin. reg. §.3.* Sed, inquies, quomodo ventilabitur quæſtio finium, ubi neceſſaria eſt inſpectio ocularis, quæ alibi, quàm in loco rei ſitæ, fieri nequit, à Judice domicilii? Erit haud dubiè per literas, quas vocant reverſales, ſeu mutui compaſſûs, requirendus à Judice domicilii, Judex rei ſitæ. *Huber. h. n. 22.* aliam viam ingreditur, dicitque ſimul reales, & ſimul perſonales, non ratione cauſæ efficientis, quaſi oriantur ex Jure in re, & ad rem, ſed reſpectu objecti, ſive ſubjectæ materiæ, quatenus & rem ipſam, & præſtationes perſonales reſpiciunt. Nos, uti hanc mixturam negare non poſſumus, ita non diſquirimus, num exinde, ſalvis artis noſtræ principiis, quorum dictamine etiam juxta *Hub. h. n. 3.* actiones reales, vel perſonales à jure in re, vel ad rem ſubſtantiam capiunt, appellari poſſint ſimul reales, & perſonales. Dicet Hub. appellari ita poſſe, & debere ab objecto non cauſa efficiente: Sit hoc; ſed erit appellatio impropria.

Ab objecto ſunt vel in SIMPLUM, vel ULTRA SIMPLUM. In 5
ſimplum Actio eſt, qua id, quod nobis abeſt, ſine geminatione petimus, quales ſunt actiones reales, & etiam perſonales, tum ex contractu ferè omnes, tum quoque ex delicto; ſi ſint rei perſecutoriæ, aut etiam pœnales, ſi pœna non geminatur. Et iſtæ rurſus vel UNIVERSALES, ubi agitur de univerſitate quadam bonorum conflata ex pluribus juribus Realibus, Perſonalibus, Activis, & Paſſivis, qualis eſt Petitio hæreditatis, vel GENERALES, in quibus non de tota univerſitate juridica, ſed de pluribus rebus diverſarum ſpecierum, veluti Actio tutelæ, pro ſocio, vel PARTICULARES; ubi de certa re, v. g fundo, domo, aut etiam pluribus, ſed ejuſdem ſpeciei, v. g. grege ovium agitur, vel PETITORIÆ, ubi de rei proprietate, vel POSSESSORIÆ, ubi de poſſeſſione diſceptatur, ſúntque Interdicta. Ultra ſimplum aliæ ſunt in DUPLUM, & quidem vel *Per Se*, ùt Actio furti non manifeſti, *§. 5. de oblig. quæ ex delict. naſc.* Actio Effuſi, vel Ejecti *§. 1. de oblig. quæ quaſi ex delict. naſc.* Servi corrupti, *§. 23. h.* vel *Per accidens*, ſi nimirum vel mora, vel mendacium ſuperveniat, ùt Actio depoſiti miſerabilis, Actio perſonalis ex teſtamento, Actio Legis Aquiliæ, *§. 19. & 23. eod.* aliæ IN TRIPLUM,

nempe Actio Condictitia Sportularum, *§. 27. b.* aliæ IN QUADRUPLUM (ultra non dantur, *§. 21. b.* niſi agatur ad intereſſe, quod quadruplum poteſt excedere) (a) & rurſus vel *Per Se*, ut Actio furti manifeſti, *d. §. 5. de oblig. quæ ex delict. naſc.* Actio vi bonorum raptorum, *pr. Inſt. de vi bonor. raptor.* vel *Per Accidens*, ut Actio quod metus cauſâ *§. 26. & 27. b. l. 14. §. 3. ff. quod met. cauſ.*

Rogabis ad praxim adſpirans, num ſit harum actionum ultra ſimplum in foro uſus? Eſto earum rarior ſit obſervantia, praxíſque locorum variet, peſſimè tamen docent, fallúntque, qui uſum planè ſublatum contendunt: Nam egeſtas delinquentium, quæ plerumque exercitium impedit, jus agendi non tollit, *vid. Ludov. in Theſ. jur. ff. de O. & A. n. 63. Hopp. Uſ. bod. ad. §. 1. de oblig. quæ ex delict. naſc.*

6 *A Forma Accidentali*, ſeu ab adjuncto aliæ ſunt ARBITRARIÆ, aliæ non ARBITRARIÆ. *Arbitrariæ* ſunt, quæ pendent ex arbitrio Judicis, ſúntque rurſus vel *Regulares*, vel *Irregulares*. Regulares arbitrariæ dicuntur illæ, in quibus Judex, antequam procedat ad ſententiam condemnatoriam, vel abſolutoriam, interponit ſuum arbitrium jubendo, ſeu interloquendo, tanquam bonus vir, ut reus, juxta exigentiam actionis inſtitutæ, atque probatæ, præſtanda præſtet: ſi juſſui paret, absque alia ſententia (alii aliter, uti Vinn. ad *§. 31. b. num. 4.*) cauſa de ſe erit deciſa: ſi non? ſequetur ſententia condemnatoria. Pone, Te convenire poſſeſſorem rei metu extortæ ad reſtitutionem: Judex jubebit ſimpliciter, ut reſtituat, ſi non paruerit, in quadruplum condemnabit, ùt infra ſuo loco videbimus, *vid. interim d. §. 31. b.* Hoc modo arbitrariæ ſunt omnes actiones reales, ſi petitionem hæreditatis excipias, *§. 28. b.* & pleræque perſonales ex delicto. Arbitrariæ *Irregulares* ſunt illæ, in quibus nullum præcedit Judicis arbitrium, ſed ſtatim ab initio Judex, habita ratione loci, in plus, vel minus condemnat. Ita arbitraria vix erit alia, quàm actio de eo, quod certo loco. Non arbitrariæ ſunt iterum aut BONÆ FIDEI, aut STRICTI JURIS (quam diviſionem non venditamus ùt generis in ſuas ſpecies, cùm dentur actiones non arbitrariæ, quæ neque ſunt bonæ fidei, neque ſtricti juris (puta quædam actiones ex delicto) *§. 28. b.* Illæ ſunt, in quibus libera poteſtas permitti videtur Judici ex bono, & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat, *§. 20. b.* Iſtæ, in quibus hæc poteſtas ad terminos conventionis reſtricta eſt. Harum ulteriorem naturam intelliges, ſi ea, quæ ad *tit. de* ob-

(a) Vid. §. *10. Inſt. de L. Aquil. l. 3. §. fin. ff. de incend. ruin. naufr. l. 13. pr. & §. 1. ff. de A. E. V.* Sed tunc non ſunt pœnales, niſi ex parte rei conventi, & impropriè, quia agitur ad id, in quantum reverà intereſt.

obligat. p. 2. ſect. 2. §. 2. num. 33. accuratè relegeris. Nos actum non agimus; neque folia eâdem ſemper cantilenâ implere volumus. Addantur ea, quæ habet Hub. *h. num. 25. & ſeqq.* Earum variæ formulæ videri poſſunt apud Heinec. *in Antiq. Rom. ad h.t. §. 36.* Illud concoquere non poſſumus, quòd plures protervè contendant, totam differentiam actionum bonæ fidei, & ſtricti Juris conſiſtere in veterum formularum ritu. Non equidem negamus, aliam in iis, aliam in iſtis fuiſſe formulam à Prætore datam (a), ſed quænam dandi ratio? Profectò non alia, quàm, quòd negotia bilateralia majorem poteſtatem admiſerint, quàm unilateralia. Rationem vide-ſis *loc. mox cit.* Hinc non ideo ſunt bonæ fidei, laxiorémque admittunt interpretationem, quia habent aliam formulam, ſed ideo habent aliam formulam, quia ſunt bonæ fidei, ſeu, quia laxiorem interpretationem recipiunt. (b) Quòdſi ex ibidem, & hic dictis ſcrupulus enaſcatur, quomodo differant actiones bonæ fidei ab Arbitrariis, cùm tam in his, quàm in illis videatur Judex interponere ſuum arbitrium, atque ex bono, & æquo judicare; nec tamen eſſe confundendas, ùt aliqui perperàm volunt, ſatìs apertè deducatur ex *l. 5. pr. ff. de in lit. jur. & l. 3. §. 1. ff. de uſur.* facili modo eum reſolves, ſi perpenderis, in actionibus bonæ fidei competere ex natura ipſius negotii bilateralis, & ab initio ſine ullo interpoſito arbitrio, facultatem in plus

Xx 2 con-

(a) Actionis bonæ fidei formula erat ferè hæc: AJO TE MIHI DOMUM LOCASSE, TEQUE MIHI EX ÆQUO ET BONO DARE FACERE OPORTERE, QUID ALTERUM LOCATI NOMINE DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA. Item: AJO, ME TIBI PRÆTER DOTEM ET PATRIMONIUM DEDISSE, TEQUE MIHI QUANTUM ÆQUIUS, MELIUS SIT DARE OPORTERE. In actionibus ſtricti juris omiſſis illis formulis EX ÆQUO ET BONO Actor rem, vel præſtationem certam petebat.

(b) Hinc merito diſplicent, quæ habet Böhm. *de Action. Sect. 1. cap. 3. §. 20. & ſeqq.* Conventionum, ait ille, apud Romanos duo fuiſſe genera, NATURALES alias, quæ apud omnes gentes obtinebant, & Jure naturæ æſtimabantur, ac præſtationem naturalem recipiebant. *l. 7. princ. ff. de cap. min. arg. l. 57. de contr. empt. vend.* CIVILES, & SOLENNES alias, quæ peculiarem ſuam formam à ſolo Jure Romano acceperant, nec aliter valebant, aut ſtringebant, quàm & in quantum verba ſolennia, ſeu formula præſcripta intervenerat, quo maximè ſpectabat ſtipulatio. Vid. inſuper Cajus in *fragm. lib. 2. tit. 9. §. 3. 4 & 5.* dummodo conſtiterit, partes voluiſſe ita contrahere *arg. d. l. 7. §. 12. ff. de pact.* Erántque ita ſtricti juris, ceu exemplo Ciceronis probat *ibid. §. 28. lit. E. Laud. Author*, ut neque ob dolum intervenientem obligatio reſcinderetur. Et ex hac, inquit, diverſa contrahendi ratione ortum ſuum traxiſſe videtur diſtinctio inter contractus BONÆ FIDEI & STRICTI JURIS, quatenus contractus bonæ fidei non erant reſtricti ad certam formulam; ſed juxta æquitatem naturalem, quæ ipſa bona fides eſt *l. 31. ff. depoſ.* juncta *l. 24. cod. l. 57. ff. de R. J.* regulabantur. Hinc contractus bonæ fidei, infert, ſunt omnes contra-

Digitized by Google

condemnandi : in arbitriis verò primùm, ſi reus juſſui Judicis non paruerit. At ulteriùs rogas : Quomodo igitur differunt actiones bonæ fidei ab arbitraria irregulari, ſeu, ùt vocant ſpeciali, in qua Judex etiam ſtatim, & ſine prævio juſſu ex arbitrio condemnat ? Eſt eadem, ſi benè percepiſti, quæ priùs data fuit, differentia ; nam in actionibus bonæ fidei ex natura actionis Judex ad circumſtantiam loci, ubi ſit hìc & nunc ſolutio, reſpicere debet : in arbitraria ſpeciali verò opus fuit ſpeciali qualitate à Prætore adjecta, qua Judici data fuit poteſtas in actionibus ſtricti juris, quæ ſolæ, ratione loci, arbitrariæ fiunt, reſpiciendi ad circumſtantias loci, & exinde in plus vel minus condemnandi. Interrogas, num uſus actionum arbitrariarum ſublatus ſit ? Affirmat ex ſublato formularum, Judicíſque pedanei uſu, Ludov. ubi ſupra *num. 79. in fin.* Sed liceat ex tanto Viro quærere, num, ſi Prætor ipſe cognoviſſet, quod facere potuiſſe, vix negabit, non debuiſſet obſervare naturam actionis, v.g. quod metûs cauſâ, adeóque in caſum contumaciæ in quadruplum condemnare ? utique admittet ? Jam, utì olim Prætor, ita noſtri Judices, donec oſtendatur manifeſta correctio, judicant.

7 *A Fine* aliæ ſunt REI PERSECUTORIÆ, aliæ POENALES, aliæ MIXTÆ. *Rei perſecutoriæ* ſunt, quibus perſequimur id, quod nobis abeſt ex patrimonio, *l.35. ff. de O. & A.* (adde majoris claritatis gratiâ) non tanquam pœna : Cenſetur autem abeſſe ex patrimonio noſtro non tantùm id, quod habuimus, & nobis ablatum eſt, ſed etiam, quod noſtrum nunquam fuit, nec habuimus, ſed tamen nobis ex contractu, vel quaſi ; ex delicto, vel quaſi ; aut æquitate naturali abſolutè, id

tractus Juris Gentium, utpote qui nullam ſolennitatem formulariam deſiderabant, & ſecundùm ſimplicitatem Juris Gentium inibantur : In illis ſtrictum jus, & placitum formulæ : in his æquitas naturalis illi oppoſita, erat obſervanda. Sed quis non videt, toto hoc diſcurſu nil aliud probari, quàm, quod omnis omnino ſtipulatio ſit ſtricti juris. At cur ? Non dixerim tantùm propter formulam, cui erat adſtricta (quippe formulæ etiam in aliis negotiis obtinebant, ùt probat Briſſ. *de ſolennib. pop Rom.* verbis, & ipſe Author §. *21. cit. l.* admittit) Sed ideo, quia eſt, & manet abſolutè, & in ſe contractus, ſeu negotium unilaterale, ſtrictiorem interpretationem (& quidem ſumma prorſus æquitate ſuadente, cùm tantùm unus obſtringatur, & ideo deficiat cum mutua obligatione ſpes reciprocæ condemnationis, ſeu compenſationis) exigens. Adeóque fallit, memoratus, eſto cæteroquin non ſatis memorandus JCtus, dum ex linea negotiorum ſtricti juris non tantùm mutuum (contra evidentiſſimum argumentum ex *l. 6. & 7. ff. de eo, quod cert. loc.* quos textus contorquet) ſed etiam omnes condictiones, & actionem de conſtituta pecunia eliminare intendit. Verùm quid ad exemplum Ciceronis ? Obligatio emptionis venditionis fuit mediante novatione, adeóque interveniente ſtipulatione transmutata in obligationem NOMINIS, idcirco tranſiit obligatio ex emptione medio ſtipulationis in

Digitized by Google

id eſt, etiam nullâ prævia ſententiâ nobis debetur. Cave nihilominus, ne actiones Rei perſecutorias cum realibus, ùt Juris Tyrones facere ſolent, confundas; nam omnis actio realis Rei perſecutoria eſt, *§. 17. b.* ſed non omnis Rei perſecutoria viciſſim realis, uti patet ex omnibus actionibus ex contractu, quæ Rei perſecutoriæ quidem ſunt, *d. §. 17.* attamen nulla realis. *Pœnales*, quibus pœnam lege determinatam (nam pœna conventionalis non eſt hujus loci) puta dupli, vel quadrupli, ùt eſt Actio furti tum manifeſti, tum non manifeſti, perſequimur. *Mixtæ*, quibus partim rem, partim pœnam petimus, ùt eſt Actio vi bonorum raptorum, Effuſi, vel Dejecti. Quid, ſi nobis quidem abſit, ſed tamen non ſit apud reum, ùt contingit in delicto Legis Aquiliæ, aliíſque ſterilis naturæ? Erit nihilominus Actio Rei perſecutoria, licèt reſpectu rei conventi dicatur pœnalis, quatenus ille ex delicto nihil obtinuit, & nihilominus debet actorem ſervare indemnem. *Hub. b. num. 2.* Differunt autem notabiliter, quòd Actiones Rei perſecutoriæ ſive ſint ex contractu, ſive ex delicto, transeant Ad- & In hæredes; Illæ quidem, quamdiu manent tales, indiſtinctè, adeóque, eſto ad eos nihil pervenerit, *§. 1. de perp. & temp. act. l. 7. §. 1. ff. depoſ. l. 49. ff. de O. & A. l. 147. §. fin. ff. de R. J.* Hæ verò ſaltem in quantum ad eos pervenit, *l. 5. pr. ff. de calum. l. 16. §. fin. l. 17. & 19. ff. quod met. cauſ.* Imò de Jure Canonico (quod & ſequitur moderna praxis) in ſolidum *arg. c. 5. de rapt. & c. fin. de ſepult.* ubi hæredes condemnantur ad exonerandam conſcientiam defuncti. Pœnales econtra, quamvis hæredibus principaliter competant, in hæredes tamen non transeunt, niſi lis cum defuncto fuerit conteſtata, *d. §. 1. de perpet. & temp. act.* Porrò hic ulteriùs advertendum, quòd, eſto omnes actiones, quibus pœnam perſequimur ex facto quodam illicito, vel ſaltem ejus occaſione oriri, res ipſa loquatur, non tamen exinde liceat inferre, omnes actiones ex delicto pœnales eſſe: ita & viciſſim, etiamſi actiones Rei perſecutoriæ emanent ex facto licito,

non

in obligationem ſtricti juris. Pejus adhuc concludit *§. 46.* dum negat, dati hodie amplius contractus ſtricti juris, adeóque omnes tum contractus, tum actiones eſſe bonæ fidei; nec enim poteſt aliter, cùm formulæ ſint ſublatæ. At quis ignorat, ævo Juſtiniano formulas illas ſolennes fuiſſe abrogatas, & tamen manſiſſe contractus & actiones ſtricti juris cum ſuis differentiis, ac qualitatibus. Ex quibus ſat clarè eruitur, quòd qualitas ſtricti juris non emanaverit à formulis. Deinde vix credendum, quòd ſæpè *Laud. Author* in caſu emergenti practico conſultus ſit reſponſurus, debere donatorem unà cum re donata (donatione propria) etiam fructus, de quibus nulla fuit facta mentio, tradere, vel uſuras ſolvere, ſicut in venditione. Certè de uſuris in donatione propria longè aliter diſcurrit *Tom. 2. Conſult. 496. q. 2. num. 9. & 11.*

non tamen valet illatio: Eſt Rei perſecutoria: ergo eſt ex facto licito, cùm etiam ex facto illicito quàm plures proveniant.

8 *Ab Effectu* ſunt aliæ in SOLIDUM, & aliæ in MINUS SOLIDO. In *Solidum* eſt, quando perſequimur totum id, quod nobis debetur, uti contingit in plerisque actionibus: Actio in *Minus Solido* eſt, quando minus eo, quod debetur, perſequi oportet: Et hoc fit vel *Ex natura actionis*, quæ ſe ad ſolidum non extendit, qualis eſt actio de Peculio, vel Tributoria, quæ tantum competunt, in quantum admittunt vires peculii, aut mercis peculiaris, *vid. §. 36. b.* vel *Ex conditione causæ*, ſi nimirum opponatur compenſatio eine Abrechnung, *§. 39. b.* de qua Digeſtiſtæ: vel ob *Privilegium*, ſeu *Beneficium competentiæ*, quod indulgetur, ob *Affectionem*; ſeu ob *Commiſerationem*. Affectio oritur ex *Conjunctione*, eáque aut Naturali, aut Civili, vel *ex Officio præſtito*. Eſt autem Beneficium competentiæ privilegium, quo alicui indulgetur, ne poſſit excuti usque ad peram, & ſaccum, ſed *in quantum facere poteſt*, deducta congrua ſuſtentatione, ita intellige *§. ult. b. l. 63. ff. pro ſoc.* *Ob conjunctionem*, & quidem Naturalem competit (I.) PARENTIBUS, ſi conveniantur à liberis, ita ſuadente, imò potiùs jubente, pietate, ac reverentiâ, *l. 16. & 17. ff. ſolut. matr.* Et quidem omnibus ſive mediatis, ſive immediatis, ſive naturalibus, & legitimis ſimul, ſive naturalibus tantùm, quibus pariter debetur reverentia, *arg. l. 4. §. 2. & l. 6. ff. de in jus voc.* Hinc excluduntur legitimi tantùm, *arg. l. 8. ff. d. t. l. 5. C. de ſuis, & leg. hær.* nec non ex coitu damnato tales, *arg. §. pen. de nupt.* (II.) MARITO ab uxore convento, *§. 37. b.* ſimiliter ob reverentiam marito debitam, *l. un. §. 7. C. de R. V. A.* Item viciſſim (III.) UXORI à marito, ſoluto matrimonio (nam eo durante maritus aliunde uxorem alere tenetur, *l. 22. §. 8. ff. ſolut. matr.*) conventæ, *l. 17. §. 1. ff. d. t. l. 20. ff. de re jud.* Ne vitæ ſocia in mariti opprobrium oſtiatim cogatur panem quærere, *2. f. 58. in pr.* ibi: *non enim æquum eſt, quem videre egentem, quem priùs habuit in conjugem.* Hoc privilegium extendi debere ad ſocerum uxoris, id eſt, mariti patrem, certum eſt ex *l. 15. §. fin. & 16. ff. ſolut. matr.* quia parentis loco habetur. Num autem pariter competat ſocero mariti, ſeu patri uxoris, caſu quo conveniatur pro numeranda dote promiſſa, ſub judice lis eſt. Æquior ſententia diſtinctione rem componit: Aſſerit, ſi matrimonio durante conveniatur: Negat, ſi eô ſolutô dos, vi pactorum dotalium in lucrum deducta, petatur; ita Paulum in *l. 21. ff. de re jud.* indiſtinctè loquentem limitat Pomponius in *l. 22. ff. eod.* ita etiam intellige *l. 11. ff. ſolut. matr.* Competit (IV.) probabiliùs FRATRI, ſi à fratre conveniatur, *arg. l. 63. pr. ff. pro ſoc.* ubi aſſeritur com-

competere ſociis, *quia quoddam jus fraternitatis habent*, conſequenter multò magis competet fratribus, juxta illud: propter quod unumquodque tàle, illud magis tale. Ita tenet cum aliis *Vinn. ad §.37. h. num. 1.* Quæ ſententia tamen à multis impugnatur, cùm deficiat textus expreſſus. Ex mox dictis competit (V.) ob conjunctionem civilem SOCIIS tum omnium bonorum, *l. 16. ff. de re jud.* tum etiam particularibus, ſi actione pro ſocio conveniantur, *§. 38. h. d. l. 63. pr. ff. pro ſoc.* (VI.) Ob *Beneficium præſtitum* indulgetur PATRONO, ſi à liberto ſit conventus, *d. §. 38.* ingens enim beneficium, nempe libertatis, conſecutus eſt à patrono libertus, *arg. l. 209. ff. de R. J.* Item (VII.) Donatori, ſi ex ſua liberalitate conveniatur, *d. §. 38. h. l. 19. §. un. ff. de re jud.* Ratio redditur in *l. 50. ff. eod. Nec ex liberalitate ſua inops periclitetur*, quod utique foret incivile. Indulgetur (VIII.) *Ex commiſeratione* DEBITORI, qui bonis ceſſit, reſpectu ad bona poſt ceſſionem acquiſita, ſi à creditoribus, quibus ceſſit, ad reſiduum conveniatur, *§. fin. h.* Item (IX.) Ob *ſtatûs reverentiam* CLERICIS, *cap. 3. de ſolut.* Ac denique (X.) Ob *ſpecialem perſonarum favorem* MILITIBUS, qui ſub armata militia ſtipendia meruêre, *l. 6. pr. l. 18. ff. de re jud.* Quod in praxi etiam ad Doctores, & Advocatos extendi, teſtatur *Carpz. p. 1. c. 32. def.* argumento deducto ex *l. 14. C. de Advocat. div. judicior.* Conferatur Lauterb. *Integr. Diſſ. de Benef. com.*

§. II.

De Cauſa Efficiente, Subjecto, Objecto, Forma, & Effectu Actionum in genere.

ACtiones originem trahere à Jure Gentium, imò, ſuppoſita Magiſtratuum Conſtitutione, à Naturali, non dubitamus. Siquidem 9 introducta dominiorum diſtinctione, invectiſque obligationibus, opus fuit aliquo remedio obtinendi rem ab injuſto poſſeſſore, vel à moroſo debitore detentam, ſeu poſſeſſam; tale medium autem eſt ipſa Actio: Quis enim credat, ante Jus Civile Romanum defuiſſe omne remedium rem ſibi debitam coram Judice perſequendi, & obtinendi? Res adeò clara, & perſpicua eſt, ut mirum ſit ab omnibus non videri, atque in controverſiam deduci. Latiùs *Vinn. ad pr. h. num. 4.* Sit igitur cauſa *Remota*, Jus Naturæ, & Gentium, ita, ut nihil obſtet, quòd in *l. 2. §. 6. ff. de O. J.* dicantur Actiones ex LL. 12. Tabb. compoſitæ, paſſímque Civiles deprædicentur. Nam hoc verum eſt, quoad formam accidentalem

talem, non quoad ſubſtantiam. Nec movet, quòd deportati, quibus ea, quæ Juris Gentium ſunt, competunt, non poſſint agere: Nam hæc prohibitio tantùm vires ſuas exerit in ordine ad Provinciam in-vel ex qua ſunt damnati: Sit pariter cauſa Extrinſeca, ſeu informativa Jus Civile, vel Prætorium, quod actiones quoad ſubſtantiam jam natas roboravit, veſtivitque. *Proxima* verò jus in Re, vel ad Rem pro actionum diverſitate.

10 *Subjectum* aliud Activum, aliud Paſſivum. Activum eſt ille, cui actio competit, ſeu, qui agit. Paſſivum ille, contra quem actio datur, ſeu, qui in judicio convenitur. Ille vocatur Actor, iſte Reus. Circa hos eſt regula communis, quod debeant habere legitimam perſonam ſtandi in judicio. Habet autem omnis, qui rationis compos eſt, nec ſpeciali jure prohibetur. Prohibentur Jure Canonico EXCOMMUNICATI, qui, exceptâ ipsâ excommunicationis causâ, ùt Actores (ſecùs ùt Rei, ne excommunicatio in favorem cedat, *vid. c. 7. de jud.*) in judicio ſtare nequeunt, *c. 5. de ſent. excomm.* Item RELIGIOSI ſine licentia ſui Prælati, *c. 9. de jud.* confer. P. Engel *d. t. num. 4.* Jure Civili vetantur ſtare in judicio SERVI, *l. 44. d. t.* quia pro nullis habentur, *l. 32. ff. de R. J.* DEPORTATI, cùm omnia, quæ à Jure Civili dependent, amittant, *l. 17. §. un. ff. de pœn.* his aſſimulantur BANNITI Banno majori, ſeu totius Imperii perculſi: Bannum minus non inhabilitat etiam in Provincia, in qua irrogatur, *l. 7. §. 3. l. 18. ff. de int, & releg.* PUPILLI, & MINORENNES, niſi accedente Tutoris, vel Curatoris authoritate, ſeu conſenſu, *l. 1. & 2. C. qui leg. perſ. ſtand. in jud.* FURIOSI, ac PRODIGI, *arg. l. 1. ff. de curat.* FILIUSFAMILIAS tum contra Patrem, quia habentur pro una perſona, niſi agatur de peculio Caſtrenſi, *l. 4. ff. de jud.* quo caſu tamen omnium primò tentanda eſt, compoſitio intra parietes domeſticos, *l. 4. C. de patr. pot.* cùm contra Extraneum, ſi conveniendus eſſet actione reali circa peculium profectitium, vel adventitium ordinarium, *arg. §. 1. per quas perſ. cuique acq. & l. ult. §. 3. C. de bon. quæ lib.* vid. nihilominus *l. 9. ff. de obl. & act.* junctâ *l. 18. §. un. ff. de jud. & l. 17. §. 11. ff. de injur.* Secùs, ſi conveniatur actione perſonali, *arg. l. 57. ff. de jud. & l. 39. ff. de O. & A.* vel ſit quidem actio realis, ſed lis ſit de peculio caſtrenſi, vel quaſi, aut etiam extraordinario (adhibito in hoc ultimo conſenſu patris, *d. l. ult. pr. & cit. §. 3. C. de bon quæ lib.*) ubi non tantùm, ſuppoſita majorennitate, conveniri, ſed etiam agere (nulla hic diſtinctione habita, qualis ſit actio) pro libitu poteſt, *l. 4. §. 1. ff. caſtr. pecul.* Hæc de litigantibus in genere, circa Actorem eſt Regula, quòd ad agendum nemo poſſit cogi. Et ſanè

Digitized by Google

nè laudanda eſt cogitatiò ejus, qui lites execratur, *l. 4. §. 1. ff. de alien. jud. mut. cauſ.* Limita, ſi vi officii quà tutor, vel curator ad agendum obſtrictus ſit, ac pupilli, fortè ob affectum ad rem, vel aliàs, interſit Judicium intentari. Caſus exceptus inſuper habetur in *l. diffamari 5. C. de ing. & manum.* & *l. ſi contendat 28. ff. de fidejuſſ.* quorum curam aliis relinquimus. Quoad reum eſt regula, quòd unus pro alio non poſſit conveniri. Extant integræ rubricæ in Cod. *Ne uxor pro marit. Ne fil. pro patr. Ne vic. pro vican.* Excipiuntur rurſus Repreſſalia, quæ pariter noſtram ſphæram excedunt.

Objectum Actionis eſt id, quod petimus, *Forma* intrinſeca conſiſtit 11 in differentia, qua una Actio ab alia ſecernitur, uti in decurſu patebit. Extrinſeca ſtat in modo eam deducendi in judicium, qui potiſſimùm in eo conſiſtit, ut Actio libellô benè concipiatur, inſtituatur, &, ut *Effectus* ſequatur, ſuúmque finem conſequatur, qui eſt condemnatio rei conventi, legitimè probetur. *Contraria* Actionis ſunt modi, quibus vel planè impeditur, ne naſcatur, uti fit in contractibus pupillorum ſine authoritate tutorum, vel nata tollitur: quod fit, vel ipſo jure, fortè per compenſationem, præſcriptionem: vel ope exceptionis, de quibus omnibus ſuo tempore, & loco. Nos ad ea, quæ modò noſtra ſunt, pergimus, acturi priùs de Actionibus Realibus, tum Civilibus, tum Prætoriis, iíſque Rei perſecutoriis, Mixtis, ac Pœnalibus. Tu interim hanc cauſarum methodum, quam in decurſu ubique repetere faſtidioſum accideret, notare, atque ad quamlibet actionem in ſpecie pro tua prudentia applicare non gravaberis.

PARS II.

§. Unicus.

De Actionibus Præjudicialibus.

PRæmiſit Imperator noſter, & nos cum illo, juri Rerum jus Perſonarum, dum de hoc in *lib. 1. tit. 3.* & paſſim, de illo verò primùm *lib. 2. tit. 1.* & *2.* ac deinceps agere conſtituit. Quemadmodum igitur jus perſonarum meritò præcedit, ita & Actiones, quæ ex hoc jure naſcuntur, congruenter prælibandæ: Súntque Actiones, quas vocant PRÆJUDICIALES, ideo, quia ex ſua natura, & fine (non, ùt quandoque & in aliis fieri amat, per accidens) faciunt præjudicium aliis actionibus principaliter in judicium deductis, idcirco debent priùs ventilari, ac venti- 12

ila-

tilatæ, ſeu deciſæ non tantùm litigantibus, ſed & aliis, contra vulgatum illud, quòd acta inter alios aliis non præjudicent, nocent, veluti ex *l. 25. ff. de ſtat. hom. & l. 1. §. ult. l. 3. ff. de agnoſc. vel alend. lib.* deducit Vinn. ad *§. 14. h. n. 1.* Fac igitur, petenti hæreditatem patris ab inteſtato defuncti, opponi, eum non eſſe filium legitimum, fortè, quia matrimonium inter ejus parentes, vel planè non præceſſit, vel ſaltem non validè: Hic debet, priusquam feratur ſententia, utrùm ei ſit deferenda hæreditas? disquiri, num matrimonium præceſſerit? num validè? conſequenter num ſit filius legitimus? Ex cujus deciſione unicè dependet quæſtio principalis, utrùm ſit hæres? Ex his jam patet per Actiones præjudiciales illas intelligi, in quibus agitur de jure perſonarum, ſeu ſtatu hominum, unde meo judicio vanè inſudant, qui disquirere conantur, num ſint Reales, uti vult *D. D. Franz ad h. tit. p. 4. n. 2. & alii ibid. citt.* Num Perſonales, quod contendit, *Brunnem. de concurſ. & cumul. act. c. 2. c. 9.* Siquidem neque reales, neque perſonales propriè dixeris, cùm hæc qualitas realitatis, vel perſonalitatis ex jure rerum, quod primùm in reale, & perſonale diſpeſcitur, non ex jure perſonarum, quod propriè, utpote jus contrà diſtinctum, neque jus in re, neque ad rem dici poteſt, derivanda, ſeu emutuanda ſit. Interim tamen reductivè potiùs ad reales, utpote quas magis imitantur, quàm perſonales accedere, non dubitamus. Nam veluti in realibus petitur, non ut aliquid detur, vel fiat, ſed præcisè, ut jus competens declaretur, ita, & in his actionibus non petitur, ut adverſarius aliquid det, aut faciat, ſed tantùm, ut declaretur, nobis competere libertatem, ingenuitatem, legitimitatem; hinc dicitur quis in libertatem, in ingenuitatem vindicari in *l. 3. pr. l. 32. ff. de liberal. cauſ.* Habent inſuper magnam affinitatem cum actione confeſſoria, & negatoria, quoniam, ſicut in his aſſerit Actor, ſibi in alieno competere ſervitutem, vel negat, alteri in ſuo; ita in præjudicialibus aſſerit, ſibi competere ingenuitatem, libertatem, negátque alteri ſervitutem, ſeu jus patronatûs. Unde optimè dixit Tribonianus in *§. 13. h. t. Actiones præjudiciales in rem eſſe VIDENTUR.*

13 Triplicem eſſe ſtatum ſuo loco notavimus; tres pariter dari Actiones præjudiciales, innuit Imperator in *d. §. 13. h.* quales ſunt, an aliquis ſit Liber, aut SERVUS, *tot. tit. ff. & C. de liber. cauſ.* & eſto Actio *LIBERALIS CAUSÆ.* An ingenuus, vel libertus *l. ult. ff. ſi libert. ingen. eſſe dic.* & eſt Actio INGENUITATIS, ſeu LIBERTINITATIS. An filius, vel non. Et emanat Actio de PARTU AGNOSCENDO (quam etiam vocant PATERNITATIS) *l. 3. §. 1. ff. de part. agnoſc.* Harum prima à lege, ſeu Jure Civili, duæ reliquæ ex ipſius Prætoris jurisdictione ſub-

ſtan-

ſtantiam capiunt, *d. §. 13. b.* Ad primam revertamur, nempe LIBERALIS CAUSÆ, quæ eſt *Actio reductivè realis civilis, qua, qui ſe dominum prætendit, agit contra ſervum, ut talis declaretur, vel viciſſim ſervus contra dominum, ut declaretur liber.* Hujus actionis hodie, abolita ſcilicet ſervitute, vix erit uſus. Dabitur nihilominus adhuc utilis Dominis prædiorum adversùs ruſticos, colonos, cenſitos, adſcriptitios, originarios, cæteróſque homines proprios, vulgò Leibeigne, & viciſſim his contra Dominos, ſi tales ſe eſſe, negant. *Hopp. ad d. §. 13. b. V. H. Manz. eod. num. 12. & 13.* Imò quidam volunt, toties hanc actionem obtinere, quoties inferior ſubjectionem, ſeu obedientiam ſuo Superiori negat. Quod, ſi verum eſt, non tam utilis, cùm utique vix pugnet de omnibus eadem, quæ in prioribus, ratio, quàm potiùs, ſuo modo, in factum, utpote per ulteriorem interpretationem, vel ſcriptam, vel conſuetudinariam extenſa, dicenda erit. Hic univerſim notandum, quòd in dubio quilibet præſumatur liber, qualis à natura progignitur, donec probetur ſervire: Secùs tamen dicendum de Domino territoriali, in cujus favorem ſemper militat præſumptio contra eos, qui in ſuo territorio morantur, eorúmque bona ibidem ſita, utì ſuo tempore diſcendum occurret. At in ejusmodi caſibus prævalebit Actio confeſſoria, & negatoria, quatenus non de ſtatu, sed potiùs de jurisdictione erit diſceptatio.

Altera eſt ACTIO LIBERTINITATIS *reductivè realis, Prætoria, qua patronus agit adversùs libertum, qui ſe ingenuum prætendit, ut libertus declaretur, vel viciſſim iſte contra illum, ut ingennus pronuncietur.* Directæ 14
rurſus vix ſupererit uſus. Utilis locum obtinebit inter dominos, & ruſticos, ſeu proprios à ſe (ſimilitudinariè, vel abuſivè) manumiſſos, ſi, poſtquam licentiam, quocunque velint, migrandi, obtinuerunt, debitum honorem, & reverentiam, negando, ſe fuiſſe tales, exhibere detrectent. *Hopp. ubi ſupra ad b. act. U. A.* An competat domino directo contra vaſallum, qui ſe talem negat? Probabiliùs, contra alios quosdam, tenendum cum *Hopp. loc. cit.* non competere, quia dominus nullum jus in perſonam vaſalli, qui domino præcisè ratione rei, non ſtatûs adſtrictus eſt, obtinet; tum etiam, quia contra vaſallum, talem ſe eſſe negantem, ad manus promptius eſt remedium, ſi videlicet rem feudalem, utì poteſt, adimat, *2. f. 26. §. 3. Struv. S. J. F. cap. 16. th. 2. num. 6. Hopp. ubi ſup.* Circa tempus notandum, jure Digeſtorum debuiſſe libertum intra quinquennium à tempore manumiſſionis ad ingenuitatem proclamare, *l. 2. §. 2. l. 4. ſi ingen. eſſ. dicetur.* Jure Codicis ex Conſtitutione Juſtinianea, exemplô aliarum actionum, etiam poſt quinquennium ad ingenuitatem

(idem extendunt ad legitimitatem, & nobilitatem) proclamare licet, *l. fin. C. ubi cauſ. ſtat.*

15 Tertia eſt ACTIO DE PARTU AGNOSCENDO, ſeu PATERNITATIS, *Prætoria, qua uxor contra maritum agit, petitque, ut partum tanquam ſuum agnoſcat.* Eáque obtinet reſpectu partûs tam durante matrimonio, quàm poſt divortium (legitimo tamen tempore) editi, *l. 3. §. 1. de agnoſc. & alend. lib.* Turbabit in hoc textu mentio SCti, unde videri poſſet, inferendum, actionem hanc eſſe civilem, *arg. §. 3. de J. N. G. & C. & l. 7. pr. ff. de J. & J.* Eſſet, ſi origine non foret Prætoria, & per SCta tantùm approbata, uti igitur actio civilis à Prætore approbata retinet ſuam qualitatem originariam, ex dictis ſuperiùs *num. 3. verſ. aliæ civiles:* ita viciſſim actio à Jure civili approbata manet prætoria, *arg. l. 12. in fin. ad SC. Maced. l. 8. in fin. pr. ff. mand.* Competit autem non tantùm contra patrem, qui ſe talem negat, *l. 1. §. 11. ff. de agnoſc. & alend.* ſed etiam contra avum, *d. l. 3. §. 2. 5. & ult. ff. eod.* Nec non contra illos, qui extra matrimonium ſe patres effectivè probârunt, interim tamen ſe tales, & ſimul alimenta denegant, *Manz. ad §. 13. b. n. 5.* Et hæc eſt propria hujus loci, veluti patet ex ipſo *§. 13. b.* in verbis: *vel de partu agnoſcendo.* Idcirco mirum videtur, quòd *Manzius* eam diſſimulaverit, & tantùm Actionem filiationis, quæ accidentaliter huc refertur, propoſuerit. Ut autem pater teneatur partum, ùt ſuum agnoſcere, atque alimenta ſubminiſtrare, debet mater intra 30. dies à facto divortio denunciare patri, ſe ex eo prægnantem eſſe (quod tamen præſumitur, dummodo cohabitaverit, & non conſtet, ex aliqua infirmitate fuiſſe ad generandum inhabilem, *arg. l. 6. ff. de his, qui ſui, vel alien. jur.*) aliàs eſt in ejùs libertate, num velit partum agnoſcere, *l. 1. §. 2. & 3. ff. de agnoſc. vel alend. lib.* licèt negligentia matris non noceat filio, cui adhuc liberum eſt, proclamare ad legitimitatem, *d. l. 1. §. 8. & 15. ff. eod.* Facta autem denunciatione poteſt maritus mittere cuſtodes ventris, ne fiat ſuppoſitio falſi partûs, *d. l. 1. §. 1. & 6. ff. Hub. d. t. num. 1.* quòd ſi omiſerit, hoc ipſo partum tacitè agnoſcere cenſetur, *d. l. 1. §. 4.*

Porrò, cùm quandoque etiam inter patrem, & filium lis de paternitate, vel filiatione exoriatur, ſi fortè pater deneget filio alimenta, dum patrem ſe negat, filius econtra titulô filiationis prætendat, aut etiam, ſi pater ſe talem eſſe, adeóque ſibi competere uſumfructum in bonis filii contendat: filius verò hoc neget, his caſibus competit actio, quam vocant FILIATIONIS, qua pater contra filium (vel viciſſim) agit, ut declaretur paternitas, vel filiatio, ejúsve negatio, *arg. l. 5. pr. & §. 8. ff. eod.* Quæ actio utiliter extenditur etiam ad reliquos agnatos, ſi iis ne-

negetur jus agnationis, & exinde orta facultas gerendi familiæ inſignia. *Vinn. ad §. præjudiciales actiones h. num. ult.* Cæterùm difficilis ſanè eſt reſpectu patris, qui incertus eſt, *arg. l. 5. ff. de in jus voc.* probatio filiationis, imò impoſſibilis viſa JC. Paulo in *l. 83. ff. de C. & D.* adeò, ut inſtitutionem filii ſub conditione, *ſi ſe legitimum probaverit*, nullam aſſerere non dubitaverit, quatenus hæc conditio non videatur eſſe ſub filii poteſtate. *Thomaſ. integr. Diſſ. de filio ſub condit. ſi ſe fil. prob. inſtit. præſertim cap. ult.* hinc vix aliter, quàm ex præſumptionibus nimirum cohabitationis, educationis, vicinorum teſtimonio de habita conſuetudine matrimoniali, deſumenda, *vid. cap. 10. de prob. l. 6. ff. de his, qui ſui, vel alien. jur. l. 9. C. de nupt.* Ita, ut, ſi ejusmodi indicia militent, nihil noceat, matrem faſſam fuiſſe adulterium, *arg. l. 11. §. 9. ff. ad L. Jul. de adult. l. 29. ff. de prob.*

PARS III.

De Actionibus Realibus.

PRæmiſimus Actiones ex *Jure Perſonarum* emanantes: Jam veniunt conſiderandæ Actiones, quæ ex *Jure Rerum* deſcendunt. Has eſſe vel *Reales*, vel *Perſonales*, eásque vel *Civiles*, vel *Prætorias*, hactenus didicimus. Jus proædriæ ſibi vendicant *Reales*, quas oriri diximus ex Jure in Re. Juris autem in Re quatuor numerari ſpecies, rurſus ſuperiùs *lib. 2. tit. 1. p. 1. §. 3. num. 11.* inculcavimus, nempe Dominium, Servitutem, Pignus, & Poſſeſſionem: Dominium diviſimus ibidem *num. 13.* in Univerſale, & Particulare: Hoc rurſus (quæ diviſio Juri in Re in genere applicari poteſt) in Verum, & Fictum: Verum in Plenum, & minùs Plenum. Jam ex Dominio univerſali naſcitur PETITIO HÆREDITATIS, ex Particulari verò, eóque pleno REI VINDICATIO, ex minùs pleno Actio Utilis, FEUDALIS, & EMPHYTEUTICARIA: Ex Ficto PUBLICIANA, RESCISSORIA, & quandoque, ùt videbimus, PAULIANA. Ex Servitute CONFESSORIA, & (occaſionaliter) NEGATORIA. Ex Pignore HIPOTHECARIA. Ex Poſſeſſione oriuntur INTERDICTA, de quibus inf. *tit. 15.* Modò in hac, & ſequenti Sectione diſcutiendæ ſunt Actiones Reales, eásque inter primatum tenent Civiles, quas breviter quoad fieri poterit, exhibebit.

Digitized by Google

SECTIO I.

De Actionibus Realibus Civilibus.

ACtiones Reales Civiles ſunt quatuor, Petitio hæreditatis, Rei vindicatio, Actio Confeſſoria, & Negatoria, de his ordinatim.

§. I.

De Petitione Hæreditatis.

16 PRima Actio Realis Civilis eſt Petitio hæreditatis, quæ ſumitur, ad exemplum adoptionis, vel generaliter, prout comprehendit etiam querelam inofficioſi teſtamenti, ut *lib.2. tit. 18. num. 1. poſt med.* advertimus; vel ſpecialiter, prout eidem contra diſtinguitur: Et in hoc ſenſu commodè definies, *quòd ſit Actio univerſalis Realis, qua hæres agit adversùs illum, qui pro hærede, vel poſſeſſore poſſidet, ut hæres declaretur, & hæreditas ſibi cum omni cauſa reſtituatur.* Habes caſum. Frater tuus, nullis nec Deſcendentibus, nec Aſcendentibus relictis, decedit, uxore tamen hærede, ſed in teſtamento ob defectum ſolennitatum invalido, inſtituta: hac actione contra illam reſtituere hæreditatem nolentem juvaberis; hujus ſpecialia prædicata ſunt, quòd ſit *Bonæ fidei*, *§. 28. h. & Perpetua, l. 7. C. de pet. hær.* Rationem dabimus mox infra. Dictum fuit in definitione: *Univerſalis* tum à cauſa originaria, quatenus ex dominio univerſali, quod defunctus habuit in omnia ſua jura, ac bona, in quo ſe fundat hæres, oritur, tum ab objecto, quatenus bonorum univerſitatem, qualis eſt hæreditas, petitur. Nec officit, quòd etiam detur ad rem minimam, *l. 10. pr. ff. d. t.* nam qualitas actionis non ab eo, quod reus hic & nunc poſſidet, ſed à jure petendi eſt menſuranda, vid. *d. l. 10. §. un.* Dictum fuit: *Realis: In rem* enim nuncupatur à JCto in *l. 25. §. 18. ff. eod.* Sed utrùm purè talis, num mixta, id eſt, partim realis, partim perſonalis acriter diſputatur. Mixtam cum aliis faciunt Lauterb. *ff. d. t. §. 4. Voet. ibid. num. 1.* Claſſicum canunt (I.) ex *§. 28. h.* ubi annumeratur actionibus bonæ fidei, quæ eſt qualitas actionis perſonalis. Triumphum (II.) ex *l. 9. 10. & 11. ff. d. t.* ubi tantùm contra illum, qui pro hærede, vel poſſeſſore poſſidet, dari dicitur, cùm econtra actio purè realis detur contra omnes. Victoriam (III.) ex effato Imperatoris in *l. 7. C. eod.* ubi perpetua dicitur addita ratione: *cùm MIXTÆ perſonalis actionis ratio*

hoc

Digitized by Google

hoc reſpondere compellat. Neque deeſt victoriæ ratio, cùm petitio hæreditatis naſcatur ex jure mixto, videlicet conflato ex pluribus juribus realibus, & perſonalibus, quod defunctus habuit. Purè realem aſſerunt cum aliis quàm pluribus Gletle *p. 2. ſelect. quæſt. 30. num. 2. D. D. Franz p.m. ad h. tit. p. 5. ſect. 2. n. 5.* Quæ ſemper & noſtra fuit opinio. Pro hujus fundamentali intelligentia præſciendum, defunctum habuiſſe dominium, ſeu, ſi mavis cum Hub. *Digreſſ. lib. 4. cap. 6. num. 3.* dicere, Jus quoddam univerſale non tantùm in res ſuas, ſed etiam in omnia jura ſeu actiones, tum reales, tum perſonales ſibi contra quemcunque competentes, quatenus de illis omnibus poterat pro libitu diſponere alienando, cedendo &c. Jam illud jus, ſive dominium voces, ſive jus univerſale (de quo vid. *l. 50. pr. ff. d. t. l. 119. & 208. ff. de V. S.*) ad hæredem tranſmiſſum, eíque per aditionem hæreditatis quæſitum reale eſſe, exinde conſtat, quia afficit res omnes, quæ quocunque modo ad hæreditatem à defuncto relictam pertinent, facítque hæreditatem noſtram, *l. 3. ff. eod.* hinc etiam parit actionem purè realem contra omnes poſſeſſores, qui hoc jus nobis impugnare contendunt, *l. 9. ff. eod.* Unde, licèt in hoc corpore myſtico contineantur plures actiones perſonales ex contractu, vel delicto ipſi defuncto competentes, & in hæredes tranſlatæ, nullatenus tamen, dum agit contra illum, qui pro hærede, vel poſſeſſore poſſidet, in iis ſe fundat, ſed præcisè oſtendit jus, ſeu dominium univerſale hæreditatis in ſe tranſlatum, neque poſſeſſor in hac actione, ùt contrahens, ſed ùt poſſeſſor hæreditatis conſideratur, inde eſt, quòd, ſi ſit debitor hæreditarius, & ſe hæredem jactet, hac actione teneatur, *l. 13. §. fin. ff. d. t.* Nulla hìc habetur ratio vel contractûs, vel delicti. *Sed utrùm ex delicto, an ex contractu debitor ſit, nihil refert*, inſit JCtus in *l. 14. ff. eod.* quapropter actionibus perſonalibus diſtinctim contra illos, qui defuncto ex contractu, vel delicto erant obſtricti, agendum eſt, conſequenter patet, hæredem nullatenus ſe fundare in jure ad rem, puta contractu, vel quaſi, delicto vel quaſi, cum nil horum inter hæredem, & eum, qui pro hærede, vel poſſeſſore poſſidet, præceſſerit. Imò præceſſit quaſi contractus, uti exiſtimat Voët. *loc. cit.* Admittit quidem ille, hæredem ea, quæ ad jus defuncti ſpectabant, petere vi juris in re, & eatenus petitionem hæreditatis eſſe realem; illa autem, in quæ defunctus nullum jus habuit, vi juris in re petere vix poſſe, cùm defunctus nullum jus habuerit; adeóque quoad ea, quæ poſt mortem geruntur, id eſt, quoad præſtationes perſonales, puta, ſi poſſeſſor debita exegerit, fructus ex hæreditate perceperit, res hæreditarias diſtraxerit, pretiáque acceperit, pecuniâ hæreditariâ res comparaverit, dolô vel culpâ damnum

de-

dederit, tenetur hæredi ex quaſi contractu, & ita dicuntur, ait *Laud. Author*, præſtationes perſonales petitioni hæreditatis cohærere, *arg. d. l. 25. §. 18. ff. de pet. hæred.* Verùm non videtur, cur non & iſta petere poſſit hæres vi juris in re, adeóque opus ſit adſtruere obligationem ex quaſi contractu: ſiquidem etiam quoad iſta in alio jure, quàm hæreditario, quod reale eſt, ſeſe fundare non poteſt, poſtquam certum eſt, etiam illa, quæ poſt mortem defuncti hæreditati accedunt, haberi debere pro rebus hæreditariis ad defunctum ſpectantibus, uti clarè docemur ex Ulpiano in *l. 20. §. 3. de pet. hæred.* ibi: *Item non ſolùm ea, quæ mortis tempore fuerunt, ſed, ſi qua poſtea augmenta hæreditati acceſſerunt, venire in hæreditatis petitionem, nam hæreditas, & augmentum recipit & decrementum.* Ex quo elucet, ejuſmodi præſtationes hæreditati accedere, non jure quaſi contractûs, ſed jure hæreditario, cùm in judicio univerſali ſurrogatum ſapiat naturam ejus, cui ſurrogatum eſt. Facit huc elegans reſcriptum Titi Antonini à Juliano relatum in *l. 18 in fin. ff. quòd met. cauſ. Ob id ipſum*, infit, *peti ab eo hæreditatem poſſe, quia, licèt res, quæ in hæreditate fuerunt, apud eum non ſint, tamen pretium earum, quo locupletem eum, vel ſæpiùs mutata ſpecie faciendo, perinde obligat, ac ſi corpora ipſa in eadem ſpecie manſiſſent.* quod in hoc judicio quid ſpeciale eſt, *arg. §. 2. & 3. de off. jud.* (a) Quapropter longè aliter res ſe habet in judicio particulari, ubi nec pretium in locum rei, nec viciſſim res in locum pretii ſuccedit, *arg. l. 70. §. fin. l. 71. & 72. ff. de leg. 2.* Unde non fruſtra idem Ulpianus in *d. l. 25. §. 18. ff. de petit. hæred.* emphaticè dixit: *Petitio hæreditatis, ETSI IN REM ACTIO SIT* (hæc Theſis, ſeu poſitio eſt) *habet tamen præſtationes quaſdam perſonales, ut puta eorum, quæ à debitoribus ſunt exacta.* En actionem hanc ſimpliciter IN REM vocat; nec dicit, quòd præſtationes perſonales, quas habet annexas, mixtam faciant, ſed tantummodo vult dicere, quòd, eſto realis ſit, quaſdam nihilominus præſtationes perſonales admixtas habeat, quæ tamen non veniunt jure obligationis, ſed vi juris hæreditarii *in rem.* Huc optimè quadrat paritas, quam jocosè facit *Hub. ff. de pet. hæred. num. 11.* „Hæreditatis petitio, inquit, eſt aliquid retis inſtar, quod ejectum non modò „piſces omnis generis, ſed etiam minutias, & quiſquilias attrahit, rete „tamen eſt uniforme totum: hæc ille. (b) Ex his jam colliges, cui victo-

(a) Profectò ſi quoad has acceſſiones hæres ſe funderet in quaſi contractu, vel in rei deterioratione, aut facto alio, deberet agere ex negotiorum geſtione, vel ex L. Aquilia, aut alia actione ex facto illo prævio oriunda, uti conſideranti patebit; hoc tamen ſtante *d. l. 14. ff. h.* dici nequit.

(b) His accedit, quod in *l. 27. §. 3.* quoad hanc qualitatem abſolutè æquiparetur rei vindi-

Digitized by Google

victoriæ palma ſit deferenda, & quomodo obviandum argumentis contrariis. *Ad primum* patet ex ipſo textu, hanc qualitatem non ex natura ſua, ſed ex ſpeciali conſtitutione Imperatoris, qui hanc actionem ob latitudinem objecti, & admixtas præſtationes perſonales, nec non extenſionem ad res, quæ nunquam defuncti fuerunt, adeóque non præcisè hæreditarias, atque concurrentem negotiorum geſtionem, bonæ fidei eſſe voluit, participare; in verbis: *noſtra tamen conſtitutio (l. ult. in fin. C. d. t.)* apertè eam *eſſe bonæ fidei diſpoſuit.* *Ad ſecundum* alibi diximus, qualitatem actionum non à ſubjecto paſſivo, ſed à jure, unde oriuntur, debere deſumi, cùm dentur actiones etiam perſonales, quæ contra quemcunque poſſeſſorem competunt, videlicet dativæ. *Ad tertium*, quis non videt, peſſimè ex illo deduci, petitionem hæreditatis mixtam eſſe: Textus hic negat, petitionem hæreditatis longi temporis præſcriptione ſubmoveri, addita ratione, non quia eſt mixta, abſit hoc! ſed quia ratio mixtæ, id eſt, immixtæ, perſonalis actionis hoc non admittit. Vult dicere: præſtationes perſonales, quas ùt objectum, non quà partes ſui conſtitutivas, vel cauſam effectivam, à qua ſimul oriatur, reſpicit petitio hæreditatis, non permittunt, utpote perpetuæ, ut longi temporis præſcriptione ſubmoveatur. Neque licebit inferre: Petitio hæreditatis habet admixtas præſtationes perſonales, ergo ſimul perſonalis eſt; Nam etiam rei vindicatio habet ſuô modô admixtas perſonales præſtationes, *l. 17. §. un. l. 20. ff. de R. V.* nemo tamen dixerit, mixtam eſſe. *Ad rationem*, petenda eſt reſponſio ex noſtra ratione fundamentali, quâ hanc actionem realem probavimus. Reliquæ definitionis particulæ cum aliis ſpecialibus prædicatis, quòd ſit bonæ Fidei, Perpetua, jam conſtant ex dictis.

Illud nondum tibi conſtat, num ſit Civilis, num Prætoria? Alia CIVILIS, Alia PRÆTORIA. *Illa*, quæ deſcendit ex jure hæreditario à lege delato. Hæc, quæ oritur ex jure hæreditario ex Edicto Prætoris, ſeu bonorum poſſeſſione (de qua ſuperiùs *lib. 3. tit. 10.*) delato. Alia iterum DIRECTA, Alia OBLIQUA. Prior datur hæredi fiduciario, Poſterior fideicommiſſario, cui eſt reſtituta hæreditas, revid. dicta ad *tit. de fideicommiſſ. hæredit. num. 5.*

Competit hæc Actio (*en Subjectum Activum*) hæredi poſtquam vel 17
expreſsè, vel tacitè hæreditatem adiit, *arg. §. fin. de hær. qualit. & diff. &*

dicationi, quæ purè realis eſt. Ait quidem Noodt *h. ab init. & Verſ. reliquum eſt*, de ſe & ab origine fuiſſe realem, ſed factam poſtea fuiſſe mixtam, dum obtinuit à JCtis, ut veniant etiam præſtationes perſonales. At hoc tantùm facit, ut ab objecto ſit mixta, non à cauſa, cùm æquè veniant vi juris in re.

l. 193. ff. de R. J. ſive deinex teſtamento, ſive ab inteſtato, ſive ex aſſe, ſive ex parte ſit hæres, *vid. l. 1. 2. & 3. ff. ſi pars hær. pet. l. 10. ff. de pet. hæred.* Contra illum (*en Subjectum Paſſivum*) qui pro hærede, vel pro poſſeſſore poſſidet, *l. 9. ff. d. t.* ſive totam hæreditatem, ſive partem, imò & rem minimam poſſideat, *l. 10. ff. eod.* Item contra illum, qui doló deſiit poſſidere ad æſtimationem, *l. 13. §. 14. ff. d. t.* quia in toto jure pro poſſeſſore habetur, *l. 131. l. 150. ff. de R. J.* Et quidem ita, ut adhuc maneat Actio ſalva contra verum poſſeſſorem, *d. l. 13. §. 14. ff. de pet. hæred.* Diverſum dicendum, ſi priùs verus poſſeſſor conventus ſit, quoniam, qui rem habet, ipſam æſtimationem habere videtur, ſed non viciſſim, *l. 88. ff. de V. S.* Ad contraria reſpondet D.D. *Franz ubi ſupra n. 13.* (a) Nec non contra illum, qui liti ſe obtulit tanquam poſſeſſor, *p. l. 13. §. 13. junctâ l. 45. ff. d. t.* Ac inſuper contra debitorem hæreditarium, ſi pro hærede, vel poſſeſſore poſſideat, *d. l. 13. §. fin. l. 14. & 15. junctâ l. 42. ff. eod.* At, quid eſt poſſidere pro hærede, vel poſſeſſore? Pro hærede, ita explicante Ulpiano in *d. l. 11.* ille dicitur poſſidere, qui putát, ſe hæredem eſſe, vel ſcit, ſe non eſſe, ſe tamen talem prætendit, adeóque, qui vult eſſe hæres. Pro poſſeſſore, authore eodem JCto in *d. l. 11. in fin. & l. 12. ff. d. t.* ille dicitur poſſidere, qui interrogatus, cur poſſideat, reſponſurus eſt, *quia poſſideo*, adeóque, qui nullum titulum, ſeu cauſam ſuæ poſſeſſionis obtendit, vel obtendere poteſt, *l. 13. ff. d. t.* Ita poſſidet fur, latro, prædo. Quid, ſi verſetur in errore juris? Habetur pro bonæ fidei poſſeſſore, *arg. l. 25. §. 6. ff. d. t.* quia certat de damno vitando, cui totum lucrum aufertur. *Voët. ff. d. t. num. 7.* ſecùs ac in præſcriptione, *l. 31. pr. l. 32. §. 1. ff. de uſur. & uſuc.* ubi certat de lucro captando, vid. *l. 7. & 8. ff. de jur. & fact. ignor.* At rógitas, cur petitio hæreditatis contra illos tantùm, qui pro hærede, vel poſſeſſore poſſident, & non contra omnes competat, cùm ſit realis? Ratio eſt, quia hæres contra illos tantùm agit (& ita proportionaliter omnis actor) qui negant ſibi (actori) jus hæreditarium competere, déque eo controverſiam faciunt, atqui eidem controverſiam hanc tantùm ille facit, qui pariter vult eſſe hæres; non alius, qui fortè poſſidet jure particulari, v. g. Donationis, Emptionis: Ille enim hæredi quæſtionem de jure hæreditario non

(a) Æquitas, ais, non paritur idem bis peti *l. 57. ff. de R. J.* Hoc verum eſt, ſi ex eadem cauſa, non item, ſi ex diverſa petatur. Minus obſtat *l. 24. & 26. ff. de act. noxal.* Nam hæc actio competit tantùm disjunctivè vel ad rem, vel ad æſtimationem; hinc alterutro præſtito non poteſt non ceſſare. Nec plus officit *l. 10. ff. de reb. cer. qui ſub tut.* cùm tutor peſſimè æquiparetur malæ fidei poſſeſſori, ſeu illi, qui dolo deſiit poſſidere. Nota ibi: *Vindicatio prædii EX ÆQUITATE inhibetur. Aliter Laud. D. D. Franz ibid.*

Digitized by Google

non movet, ſed ſimpliciter dicit: Ego hanc rem non poſſideo, ùt hæreditariam, ſed, ùt emptam, ùt donatam: ſis mea pace hæres: Ego titulô particulari donationis, emptionis (qui univerſali, utpote, quandoque in depoſito, commodato, pignore, fundatô, fortior eſt) poſſideo. Ex his, ſubinfers, ſequitur, neque dari contra illum, qui pro poſſeſſore poſſidet; modô ſuperiùs explicatô, cùm iſte non prætendat, ſe hæredem eſſe, adeóque jus hæreditarium nullatenus impugnet. Ita vult *Branchu lib. 1. obſ. c. 6.* & pro poſſeſſore intelligit hæredem prætorium, *arg. l. 1. ff. quor. bon.* At demus, non impugnare directè: impugnat tamen indirectè, hoc ipſo, quòd reſtituere detrectet, nullúmque titulum allegare poſſit. Deinde, ſi competit contra illum, qui titulum ſaltem aliquem, nempe hæreditarium obtendit, ne cogatur hæres judicio particulari experiri, multò æquiùs competet contra illum, qui nullo planè titulo munitus eſt, ob majoritatem rationis. Sed qua actione igitur ſuccurrendum hæredi cõntra illum, qui titulo ſingulari poſſidet? Non aliâ, quàm rei vindicatione, ſi nimirum probare poterit, defunctum hujus rei, quam alter ab alio titulo donationis, aut emptionis poſſidet, fuiſſe dominum; vel publiciana, ſi ejusmodi poſſeſſor fuerit in mala fide, vel titulo vitioſo obtinuerit, defunctus autem illam bona fide, juſtóque titulo accepiſſet. Sed de his infra. Limita, quæ diximus; ſi titulus ille particularis ſit manifeſtè nullus, ùt, ſi quis emerit à pupillo ſine authoritate tutoris, hic quippe rurſus obtinet petitio hæreditatis, quia talis poſſidere videtur pro poſſeſſore, *l. 13. §. 1. ff. d. t.* Limita ulteriùs; ſi non rem particularem, v. g. fundum ex hæreditate, ſed totam hæreditatem, vel partem hæreditariam, v. g. trientem, quadrantem &c. titulo particulari poſſideat, quo caſu, eſto ceſſet petitio hæreditatis directa, competit tamen utilis, quatenus durum videretur Reo convento, ſi propter res ſingulas ſingulis divexaretur judiciis, *d. l. 13. §. 4. & 8. ff. d. t.* Quoad alia tamen imitatur rei vindicationem. Sed his graviter obſtare videtur, *l. 2. C. d. t.* ubi in in fine ſic habetur: *Emptor hæreditatis ſingularum rerum jure convenitur*, id eſt, ſpeciali in rem actione, adeóque non petitione hæreditatis, etiam utili. Verùm fruſtra aſſuunt textui (quod facit Huber. *ff. d. t. num. 3.*) particulam *emptor* HÆREDITATIS, textus ita habet: *Emptor autem, qui proprio titulo poſſeſſionis munitus eſt, etiam ſingularum rerum jure convenitur.* Quænam, amabo! neceſſitas intelligendi textum de emptore HÆREDITATIS, cùm commodè poſſit intelligi de emptore rerum particularium in verbis: *qui proprio titulo poſſeſſionis*, quod indicat titulum particularem rerum particularium? Vult igitur dicere: Emptor rei propriæ (id eſt) ſingularis,

Digitized by Google

etiam ſingularum rerum nomine convenitur. Nec putes, ùt quidam volunt, illud *etiam* abundare; nam, uti poſſet abeſſe, ita etiam poteſt tolerari, *vid. cit. Hub. d. l. num. 4.* Sed, quid intereſt, num petitio hæreditatis, num Rei vindicatio competat? Sanè multum! Imprimis in hac debet probari dominium, quod difficillimum eſt; in illa tantùm jus hæreditarium: In illa debent reſtitui omnes fructus, etiam ante litem motam percepti; in hac tantùm poſt litem conteſtatam acquiſiti, *l. 2. C. d. t.* Illa perpetua eſt; iſta pro diverſitate dominii rerum mobilium, & immobilium, ùt ſuo loco dictum, & infrà dicetur, variat, & regulariter præſcriptione ordinaria excluditur. Rogabis, num poſſeſſor teneatur edere titulum ſuæ poſſeſſionis, adeóque dicere, utrùm jure univerſali, vel particulari poſſideat? Incivile quidem videtur Impp. in *l. 11. C. d. t.* poſſeſſorem cogi dicere titulum ſuæ poſſeſſionis; hic tamen eſt quid ſpeciale, cùm aliàs hæres ſcire non poſſit, num hanc actionem, quæ tantùm datur contra illum, qui pro hærede, vel poſſeſſore poſſidet, poſſit inſtituere. Unde non urget paritas à rei vindicatione deſumpta; ibi enim actoris non intereſt ſcire, quo titulo alter poſſideat, cùm rei vindicatio competat contra quemcunque poſſeſſorem, quocunque demum titulô poſſideat, dummodo probetur dominium, *§. 4. de interdict.*

18 Petitur hac actione hæreditas, cujus nomine veniunt res omnes, ſive corporales, ſive incorporales, ſive mobiles, ſive immobiles, & quidem non tantùm, quæ erant ſub dominio defuncti, ſed omnes res defuncto commodatæ, depoſitæ, locatæ, oppignoratæ: verbô omnes, quarum nomine defunctus aliis quocunque titulo erat obſtrictus, *l. 19. pr. & §. 2. l. 20. pr. ff. d. t.* Quò etiam ſpectant res pecuniâ hæreditariâ, quà tali comparatæ, *d. l. 20. pr. & §. 1. Hub. ff. eod. num. 12.* Item fructus à tempore mortis percepti, ſi extent, vel ſaltem, ſi poſſeſſor ſit factus ditior (ubi attenditur tempus litis conteſtatæ tanquam terminus *à quo* usque ad ſententiam, tanquam terminum *ad quem*; ita concilia, *l. 40. pr.* cum *l. 36. §. 4. ff. d. t.*) (a) conſulatur *d. l. 20. §. 3. junctâ l. 25. §. 11. ff. d. t.* Nec non pretia rerum diſtractarum, *l. 16. §. 1. ff. eod.* Latiùs deſuper *Voët. ff. d. t. num. 18.* Atque debita hæreditaria *d. l. 13. §. fin. ff. d. t.* Eſto non veniant in interdicto quorum bonorum, *l. 2. quor. bon.* cùm deficiat ex parte rei conventi poſſeſſio ad hoc interdictum requiſita;

(a) Dic, & fortè meliùs! Secundùm verba Edicti & de rigore ſpectandum tempus litis conteſtatæ; ſecundùm æquitatem tamen, quatenus poſſeſſor non rarò probabili litigandi cauſa ita ſuffultus eſt, ut non poſſit imputari, quod non ſtatim reſtituerit, attendendum erit tempus ſententiæ, ita, ut, ſi res caſu perierit, eidem non noceat. Quò etiam tendit reſponſum Pauli in *d. l. 40. pr. & d. l. 36. §. 4. ff. eod.*

ſita; debitor enim hæreditarius nihil poſſidet. Neque etiam, ùt quidam volunt, excipiuntur feuda, quia etiam ſuo modo ſpectabant ad jus defuncti, & mediante ſucceſſione (quamvis plerumque independenter ab illius voluntate) acquiruntur. An ſervitutes in hanc actionem veniant? Dices venire, argumentô deſumptô ab interdicto, quod legatorum ex *l. 1. §. 8. quod legat.* Sed quales? non perſonales, quia extinguuntur cum perſona defuncti: non reales, quia nihil adeſt, quod earum nomine poſſit reſtitui, *ſed, ſi non patiatur* (alter) *ire, & agere, propria actione* (nempe confeſſoria) *convenietur*: Eſt reſponſum Pauli in *d. l. 19. §. fin. ff. de pet. hær.* Inſtantia de interdicto, quod legatorum nil officit, quia ibi non ſemper agitur ad reſtitutionem, ſicut in petitione hæreditatis, ſed ſæpè, ùt Legatarius authoritate hæredis re, vel ſervitute legata utatur. Hanc Pauli doctrinam tamen non immeritò in dubium vocat Titius in *Theſ. Jur. ff. d. t. num. 30.* cur enim, inquit, non poterit reſtitui ipſa res ſerviens, vel cur non poterunt impropriè, ſeu quaſi, uti traduntur, reſtitui? (a)

Porrò, ut Actor finem ſuum conſequi valeat, debet probare imprimis, eum, de cujus hæreditate agitur, niſi aliunde conſtet, eſſe defunctum, quod præſtabit, vel per teſtes, vel per inſtrumenta, aut etiam præſumptiones, ſi diu (volunt communiter per 30. annos, quod tamen ex circumſtantiis, ejúsque ætate & qualitate abſentiæ deſumendum) emanſerit; viventis enim nulla eſt hæreditas, *l. 2. §. 2. ff. de hær. vel act. vend.* Deinde debet probare, ſe eſſe hæredem; vel ex teſtamento, ubi erit teſtamentum producendum; vel ab inteſtato, ubi ſe eſſe ſimpliciter conſanguineum, ſi contra extraneum; vel ſe eſſe proximiorem, ſi contra alium conſanguineum agat, oſtendere neceſſum eſt; ùt ſana ratione de ſe planum videtur. Hæc, ſi Judici probaverit, ſubſequitur

Effectus ſeu, ſeu declaratio, atque condemnatio, qua jubetur poſ- 19
ſeſſor res hæreditarias vero hæredi cum omni cauſa, id eſt, fructibus, & acceſſionibus, juxta dicta *num.* priori, reſtituere. Quibus addimus, malæ fidei poſſeſſorem debere omnes fructus non tantùm perceptos ſive extent, ſive non, *d. l. 20. §. 6. & 12.* ſed etiam percipiendos, *d. l. 25. §. 5. ff. d. t.* reſtituere. Non tamen præſtantur uſuræ, niſi poſſeſſor eas perceperit, ſeu pecuniâ uſus ſit, *d. l. 20. §. 4.* Nam uſuræ tantùm æqui-

(a) Sanè ratio à Paulo aſſignata ſatis videtur inepta. Ait: *cùm nihil eo nomine poſſit reſtitui, ſicut eſt IN CORPORIBUS, ET FRUCTIBUS.* Quid hoc, mi Paule? Num hæc actio ſolùm competit in corporibus & fructibus? Longè aliter docet Ulpianus in *l. 18. in fin. ff. d. t.* ibi: *Et placuit univerſas res hæreditatis in hoc judicium venire ſive JURA ſive CORPORA* ſint: qui Jura reſtitui poterunt niſi impropriè?

parantur fructibus, ſuppoſitô, quòd ſint perceptæ, ita explicatur, *l. 34. ff. de uſur. & fruct.* Quid, ſi res caſu periêrit? Si apud bonæ fidei poſſeſſorem periêrit, etſi poſt acceptum judicium, ad nihil tenetur, *d. l. 40. pr. ff. de pet. hæred. l. 16. in fin. pr. ff. de R. V.* niſi verus hæres, facta reſtitutione, diſtraxiſſet: quæ eſt limitatio Ulpiani in *l. 15. §. fin. ff. eod.* Si verò apud malæ fidei poſſeſſorem caſus contigerit, præſtandus eſt, præſertim, ſi ſit malæ fidei poſſeſſor qualificatus v. g. fur, latro, prædo, *arg. l. 7. §. fin. l. 8. 16. & ult. ff. de condict. furt.* jungatur de malæ fidei poſſeſſore ſimplici, *l. 20. §. ult. ff. de pet. hær. d. l. 15. §. ult. ff. de R. V.* Accedit, quòd in hac materia malæ fidei poſſeſſor, & prædo vix non ſint idem, ſiquidem aliàs differunt, quòd ille titulum, licèt injuſtum habeat; iſte nullum: Jam hic quiſcunque malæ fidei poſſeſſor debet eſſe titulô deſtitutus; nam titulus hæredis, qui unicus eſt, deficit hoc ipſo, quòd ſciat, ſe non eſſe hæredem. Jungatur *l. 25. §. 6. ff. d. t. Hub. ibid. num. 13.* Cæterùm, antequam res hæreditariæ reſtituantur, poteſt poſſeſſor expenſas deducere. Sunt autem expenſæ vel in fructus, vel in rem ipſam factæ: Illæ ab omnibus poſſeſſoribus ſive bonæ - ſive malæ fidei deduci poſſunt, quia fructus non intelliguntur, niſi deductis expenſis, per textum expreſſum in *l. 36. §. fin. ff. de pet. hæred.* Iſtæ ſunt vel NECESSARIÆ, quibus non factis res vel periiſſet, vel ſaltem fuiſſet facta deterior, *l. 79. ff. de V. S.* vid. exempla in *l. 1. §. 3. ff. de Imp. in rem dot. fact.* vel UTILES, quibus non factis, res non quidem fuiſſet reddita deterior, evaſit tamen utilior, & fructuoſior, vid. *d. l. 79. §. 1. ff. de V. S. l. 6. ff. de imp. in rem dot. fact.* Vel VOLUPTARIÆ, quibus res non melior, ſed fit tantùm ornatior, ùt ſunt picturæ, viridaria, aquæ ſalientes, *d. l. 79. §. 2. l. 7. ff. de imp. in rem dot. fact.* Jam cape, quid Juris ſit: Neceſſarias, & utiles tam bonæ - quàm malæ fidei poſſeſſor deducit; ille indiſtinctè (ratio habetur in *l. 25. §. 11. ff. de pet. hæredit.*) iſte, ſi res adhuc extet, *l. 38. ff. d. t.* Voluptarias bonæ fidei poſſeſſor itidem deducit, malæ fidei verò tantùm tollit, ſi ſine diſpendio rei auferri poſſint, *l. 39. §. un. ff. d. t.* Sed interrogas, quænam differentia inter tollere, & deducere? Hæc, quòd, qui facultatem deducendi habet, poſſit rem, in quam expenſas fecit, tamdiu retinere, donec fuerit ſibi ratione expenſarum ſatisfactum. Econtra, qui tantùm tollit, non poteſt rem retinere, ſed expenſas factas, ſi ſeparabiles ſint, ſecum ſumit, re principali hæredi, aut domino relictâ: Secùs, id eſt, ſi non ſint ſeparabiles, ſibi imputet, quòd fecerit, & ideò luat.

§. II.

§. II.
De Rei Vindicatione.

PEtitionem hæreditatis excipit Rei vindicatio (hujus methodum ju- 20
re veteri uſitatam vide-ſis in noſtra Diſſertatione *ad tit. de R. V. numer. 1.*) quæ *Eſt Actio Realis, qua dominus agit adverſum quemcunque poſſeſſorem rei particularis corporalis, ut dominus declaretur, & res ſibi cum omni cauſa reſtituatur.* Finge Inquilinum tuum domum locatam, quam ante viginti, & ultra annos emiſti, tanquam ſuam vendidiſſe; ad eam vindicandam vix alia tibi Actio contra bonæ fidei emptorem competet, quàm rei vindicatio; (a) in cujus definitione dictum fuit notanter: *Rei particularis*; id eſt, titulô particularî, v. g. emptionis, acquiſitæ, ut differat à petitione hæreditatis. Interim tamen non tantùm res ſingulæ vindicantur, ſed etiam, quæ multis capitibus, aut corporibus, una tamen appellatione continentur, ùt grex, armentum, equitium, *l. 1. §. fin. l. 2. & 3. ff. de R. V. Hub. ibid. num. 2.* Dictum fuit *Corporalis*; ut diſcriminetur ab actione confeſſoria, & negatoria, quibus perſequimur res incorporales, puta ſervitutes: Ubi ulteriùs advertendum, opus eſſe, ut res phyſicè, ſeu naturaliter exiſtat, eáque ſpecialiter deſignetur, *l. 6. ff. d. t.* vel ſaltem, ut dolo, vel culpa poſſeſſoris, juxta mox dicen-

(a) Expungendus eſt, ſubelamitas, hic caſus, quum competat etiam Publiciana! Non crediſſem caſum hunc tibi tam parum civili fore obnoxium! Dabo enim, obtinere juxta tuam ſententiam, quæ prorſus ſingularis eſt, etiam Publicianam; Sed VIX. Senſum hujus vocabuli, quem dudum expoſuit Tribonianus in *§. 2. de uſu & habit.* Et Gajus in *l. 7. §. 5. in fin. de A. R. D.* intelliges, qui non utique eſt planè negativus; hinc caſus (ita exiſtimabam) benè ſe habet. Quod ſi fortè contendere præſumas, non VIX tantùm, ſed certum eſſe, dari in poſito caſu etiam Publicianam, me, ſi congredi placuerit, Adverſarium habes; Et hactenus vix, ac ne vix quidem perſuadebis; poſtquam certi, indubitatique juris eſt, Publicianam non competere contra illum, qui bona fide, & juſto titulo rem obtinuit, cùm potiùs, ſi rem nondum uſucaptam amiſerit, Publiciana ipſe juvetur. Eſt clara mens Ulpiani in *l. 7. §. 11. ff. de publ. in rem act.* Ibi: *Proinde hoc ſufficit me bonæ fidei emptorem fuiſſe, quamvis non à domino emerim; licèt ille CALLIDO CONSILIO VENDIDERIT, NEQUE enim DOLUS VENDITORIS MIHI NOCEBIT.* Si igitur ipſe Publiciana munitus eſt, qui ſana ratione dici poterit, Publicianâ conveniendum, ſi ipſe poſſideat, cùm faciliùs defendatur poſſeſſor, quàm actor juvetur? At regeris: Æquè certi ac indubitati juris eſt, illum in Publiciana obtinere, qui habet jus firmius, atqui primus emptor habet jus firmius, cùm apertè, ùt ſupponitur, conſtet hic & nunc, ſecundum venditorem non fuiſſe dominum, primus verò adhucdum talis credatur. Verùm quid inde? In Publiciana præcisè bona fides emptoris attenditur. *d. l. 7. §. 15. ff. d. t.* Nec mala fides authoris nocet *cit. l. 7. §. 11.* Si igitur ſufficit emptori bona fides,

Digitized by Google

cenda, exiſtere deſiêrit. Reliqua prædicata ſunt, quòd ſit Civilis, *§. 1. & 3. b.* Rei perſecutoria hoc ipſo, quòd ſit realis, adeóque rei perſequendæ gratiâ comparata, *§. 17. b.* Arbitraria, *§. 31. eod.*

Alia DIRECTA, Alia UTILIS. Illa eſt, quæ datur domino vero, nempe ex verbis legis, & de rigore, ſi nimirum nihil deficiat. Iſta, quæ competit ex mente, ſeu ratione legis, adeóque ob æquitatem, deficiente uno, vel altero requiſito, ad exemplum directæ fuit introducta, *l. un. §. 5. C. de R. V. A.* Exemplum Actionis utilis habetur (I.) in emptore, legatario, vel ceſſionario, antequam illis actio fuerit ceſſa, (a) adeóque, ſi agant nomine proprio, *l. 55. ff. de procur. l. fin. C. de hær. vel act. vend.* De rigore enim (utpote re nondum tradita) non ſunt domini; hinc nomine proprio agere non poſſent, alieno autem absque mandato pariter agi, non permittitur. (II.) In Pupillis, Minorennibus, ſi eorum pecuniâ tutor, vel curator proprio nomine aliquid emerint, *l. 2. ff. quand. ex fact. tut.* Idem dicendum (III.) de Eccleſiis, ſi ab earum Adminiſtratoribus res comparatæ ſint, *arg. l. 23. C. de SS. EE.* (IV.) In uxore, itidem, ſi ipſius nummis res emptæ fuerint, *l. 55. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Quibus (V.) accenſendus Miles, ſi ejus pecuniâ res empta ſit, *l. 8. C. de R. V.* In his enim caſibus rurſus de juris ſubtilitate, neque pupilli, vel minorennes, neque Eccleſia, neque uxor, neque miles domini ſunt rerum, ab Adminiſtratoribus etiam propriâ (id eſt, pupillorum &c.) pecuniâ emptarum, cùm neque emptio eorum nomine inita, neque traditio rerum iis facta ſit, *vid. l. 6. Cod. de R. V. l. 21. C. de probat.* ſicut pretium ex re mea redactum, non ſtatim meum

fides, ut poſſit Publicianâ experiri, multò magis ſufficiet, ut valeat conventus ſe defendere. Et ſicut ſcientia rei alienæ ſuperveniens, ex dicendis infrà *de Publiciana num. 31.* non nocet actori, profectò multò minùs nocebit reo, ſeu poſſeſſori. Cæterùm præferri illum, qui habet jus fortius, ſi cætera ſint paria, ultro admittimus; hìc autem non ſunt paria, quia ſecundus emptor eſt in poſſeſſione; quòd autem, ſi duo à non dominis acceperint, indiſtinctè melior ſit conditio poſſidentis, ſatis clareſcit ex *l. 9. §. 4. ff. eod.* Daremus tuo argumento aliquid, ſi hi duo emptores agerent contra tertium: hìc fortè æquitati prætenſæ videretur, quid eſſe tribuendum. Hanc itaque criſim tunc primùm ſalvabis, ſi oſtenderis, tuam ſententiam de Publiciana in noſtra hypotheſi eſſe certam. Sanè mihi (nec fortè aliis) vix ſcrupulum eximes. Interim, ùt ingenuè fateor, laudem ſperâſſem, quòd in tui gratiam appoſuerim VIX, ne tuam opinionem tam nudè, ac crudè explodere fuerim viſus. Jam autem criſi adeò inofficioſa permotus abſolutè nego, & intrepidè contendo, planè eſſe falſum, concurrere in caſu poſito Publicianam.

(a) Qualis, Sodes! (ita increpantem audio) ceſſionarius ante factam ceſſionem? Non alius, fateor, quàm adhuc in fieri, quatenus habet jus ad petendam ceſſionem: nec erit locutio adeò impropria, ſi verum eſt, quòd cingendus habeatur pro cincto *arg. l. pen*

Digitized by Google

meum dicitur, *arg. l. 21. verſ. pretium enim hominis venditi. ff. de hæred. vel act. vend. tot. tit. Cod. ſi quis alt. quàm ſibi.* Latiùs Voët. *ff. de R. V. num. 10. & 11.* Alia exempla actionis utilis, de quibus nos alibi, habentur in *l. 5. §. 3. ff. d. t. & l. 9. §. 2. ff. de A. R. D.* Et hoc in uno ſenſu: Datur quippe Actio Directa, & Utilis etiam in alio ſenſu, prout videlicet oritur ex dominio minùs pleno, eóque directo, vel utili, quod habetur in feudo, emphyteuſi, & ſuperficie: Directa hìc competit domino directo, vulgò Lehen⸗ oder Grund⸗ Herrn. Utilis, quæ datur domino utili, videlicet Vaſallo, Emphyteutæ, vel ſuperficiario, vulgò dem Lehen⸗Vaſall, oder Unterthan, vid. *2. feud. 8. verſ. Rei autem. l. 1. ff. ſi ager vect. l. 1. §. 1. 2. 3. & 4. ff. de ſuperfic. l. 73. §. fin. l. 74. & 75. ff. de R. V.* Quid, ſi dominus directus, & utilis in re vindicanda contra tertium concurrant, quis præferendus? Utilis, quia ad illum hic & nunc ſpectat utilitas, adeóque pariter in ipſius rei actuali poſſeſſione præferendus? *arg.* eorum, quæ de vaſallo habet Stryck. *de Action. for. ſect. 2. m. 1. §. 13.*

Oriri hanc actionem ex dominio, daríque domino tum pleno, 21
tum minùs pleno, tum naturali, tum civili, de quo in *§. 40. de R. D. & pr. Inſt. quib. alien. licet, vel non*, longiori haud opus erit explicatione; multò minùs ab hoc remedio, ùt erroneè, nimíſque argutè inter *vindicationem*, & *REI vindicationem* diſtinguens exiſtimat Pagenſt. in *Theſ. Jur. de R. V. n. 3.* videtur excludendus maritus quoad res dotales per textum evidentem in *l. 24. ff. de act. rer. amot.* ibi Ulpianus: *ob res amotas, vel proprias viri, vel etiam dotales tam vindicatio, quàm condictio viro adverſus mulierem competit.*

Interrogas, quis præferatur, ſi duobus res ſit vendita (idem de donatione, cæteríſque ſimilibus) ſecundo tamen tradita? Ille, cui eſt, ſive verè, ſive fictè *(arg. l. 1. C. de donat. & l. 14. ff. de per. & com. rei vend.)* tradita, per textus apertos in *l. 15. C. de R. V. l. 6. C. de hær. vel act. vend.* Ille quippe jam habet jus in re. Neque dicas in *d. l. 15.* illum demum præferri, cui *jure* eſt tradita; ſecundò autem non eſſe jure traditam. Nam facilis eſt reſolutio, non eſſe jure traditam, id eſt licitè, eſſe tamen validè traditam. Si ur-

 geas

l. pen. ff. de teſtam. milit. Nec opus eſt calumniari, ſeu captari verba, ùt prudentiſſimè monet Paulus in *l. pen. ff. ad exhibendum*, ſed qua mente quid dicatur, attendendum eſt. Sanè nemo negabit, emptorem hujusmodi habere jus proximè expeditum ad petendam actualem ceſſionem; hinc tam parùm impedit, quòd poſſit dici ceſſionarius in actu, ùt ajunt, primo, ſeu in potentia proximo, quàm parum obſtat exhæredatio etiam juſta filio *ſuo*, quin dici poſſit HÆRES ſuus, eſto iſte minus juris ad hæreditatem paternam, quàm ille ad actionem venditam obtinendam habeat. Utere jam criſi, ſed parcè! ſed moderatè, ne videaris tibi ſoli ſapere!

geas, neque validè eſſe traditam, cùm ſecunda venditio ſit nulla, ſi enim valeret, obligaret ad aliquid illicitum, nimirum ad traditionem rei alteri venditæ, quæ utique eſt illicita: Admitto, ùt urges, ſecundam venditionem eſſe, manereque (niſi primus emptor jure ſuo cedat) nullam. Hoc tamen non impedit dominii, vel juris realis translationem, cùm ad hanc ſufficiat animus, & cauſa de ſe ad transferendum dominium habilis: *arg. l. 36. ff. de A. R. D. junctâ l. 18. ff. de R. C.* unde diſplicet eorum reſponſio, qui exiſtimant ſecundam venditionem per traditionem (contra *l. 29. & pen. ff. de R. J.*) roborari. (a) Graviùs videtur obſtare inſtantia de pignore ex *l. 12. pr. ff. qui pot. in pig.* ubi præfertur primus creditor, eſto ſecundo res ſit tradita. Sed ratio eſt ſingularis, quia in pignore (idem dicunt, ſi res ſit vendita Eccleſiis, vel cauſis piis, *arg. l. 23. C. de SS. EE.*) transfertur jus in re ſine traditione, *l. 1. ff. de pig. act. l. 4. ff. de pign. & hypoth.* adeóque alter, cui res eſt tradita, non habet plus juris, quàm primus, conſequenter procedit univerſalis regula: prior tempore, potior jure: in aliis verò contractibus ſine traditione dominium, vel aliud jus in re non transfertur, *l. 20. C. de pact.* Idem probabiliùs tenendum, ſi pacto ſpeciali ſe obligaverit venditor ad non alteri rem vendendam, ac tradendam: ſiquidem hoc pactum aliunde in ipſa emptione continetur, conſequenter, quamvis exprimatur, nil novi operari poteſt: Deinde, ſicut pacto dominia non transferuntur, ita etiam eorum translatio pacto contrario, quoad valorem, non impeditur: Secùs dicendum, ſi lege, vel ultima voluntate prohibeatur alienatio, *arg. l. 5. §. 14. & ſeq. ff. de reb. eor. qui ſub tut. l. fin. §. 2. & 3. C. com. de legat.* Major quippe eſt authoritas legis, favórque ultimarum voluntatum, quàm pacti adjecti. Dictis non obſtat, *l. 1. C. de donat. quæ fiunt, ſub. mod.* ubi pactum translationem dominii inutilem facit. Nam textus loquitur de donatione facta ſub modo, ſeu conditione reſolutiva, qua deficiente, reſolvitur ipſo jure donatio, & dominium pari jure ad donatricem revertitur; dominium enim ibi eſſe translatum, patet ex eo, quòd tantùm detur vindicatio utilis, ſeu *actio* (ita textus) *qua dominium PRISTINUM RESTITUATUR.* Aliter reſpondet D. D. Franz ad *h. t. p. 5. ſect. 3. num. 10.* ubi alias etiam objectiones ſolvit. Quid, ſi dominium primùm pendente lite, ſed tamen ante terminum probationis elapſum, ùt optimè limitat *Stryck. V. M. P. h. §. 11.* superveniat? Si Actor

(a) Sanè etiam in venditione nulliter contracta transferri dominium, patet luculenter ex facti ſpecie, quæ deducitur ex *l. 6. C. ſi quis alt. quàm ſibi*, ubi ſi quis nomine alieno ſine mandato emit, nec ſibi, nec alteri actionem empti acquirit; & nihilominus in quæſtione dominii potior habetur, cui res eſt tradita. vid. dicta *lib. 3. ad tit. de empt. vend. num. 2.*

Digitized by Google

Actor ſe fundaverit in dominio generaliter, nullâ adjectâ causâ, ſeu titulô, victoriam obtinebit, vid. *c. 3. de ſent. & re jud. in 6.* Uti enim ex parte rei conventi ſufficit poſſeſſio ſuperveniens, *l. 27. §. 1. ff. de R.V.* Ita ex parte actoris ſufficere debet dominium ſuperveniens, cùm æquè requiratur poſſeſſio ad rei vindicationem ex parte rei, *l. 36. pr. ff. d. t.* ac opus eſt dominio ex parte actoris, *l. 23. ff. eod.* Idem erit dicendum, ſi ſe fundaverit in cauſa quadam ſpeciali, & illa, pendente judicio, ſupervenerit; ſufficit quippe cauſam verificari tempore ſententiæ, *d. c. 3. Zoëſ. ff. de R.V. num. 30. & 31.* vid. *Pagenſt. in Theſ. Jur. d. t. n. 9.* Non obſtat vulgatum illud ex *l. 23. ff. de jud.* quòd non cenſeatur in judicium veniſſe, quod poſt judicium acceptum venit. Nam nil novi in judicium venit: Actor enim dominium in judicium deduxit, & illud venit, adeóque nil novi venit. Deinde hoc probaret, quòd neque ſufficeret poſſeſſio ſuperveniens. Contendit quidem Hub. *ff. d. t. num. 4.* vulgatam hanc regulam tantùm de Actore eſſe accipiendam; ſed abſque ſolida rationis diſparitate, cùm jus Actoris, & poſſeſſio rei ſint, ſicut debitum, & creditum, correlativa, conſequenter quidquid quoad ſubſiſtentiam de uno dicitur, etiam de altero verificari debet; unde, velut ſufficit poſſeſſio ſuperveniens, ita etiam ſufficiet dominium ſuperveniens. Illud prorſus non capimus, quòd Author *ibid. num. 5. in fin.* dicat, fundamentum rei vindicationis eſſe ex una parte dominium, ex alia *poſſeſſionem præſentem, aut quæ deſiit, ut judicium fundetur: aliter INITIUM HABERI NON POTEST.* En quod id ipſum de poſſeſſione, etiam juxta illum, qnod de dominio, verificari debeat.

Dices cum Voëtio *d. t. num. 4.* In actione ad exhibendum, quæ eſt præparatoria Rei vindicationis requiritur, ut utroque tempore & litis conteſtatæ, & ferendæ ſententiæ ejus interſit, *l. 7. §. fin. ff. ad exhib.* Reſpondetur, ſenſum eſſe, quòd non ſufficiat, ſi ejus interfuerit tantùm tempore litis conteſtatæ, ſed vel maximè tempore ſententiæ, utì ex prioribus §§. patet. Aliter diſcurrendum, ſi allegaverat Actor cauſam aliquam ſpecialem, puta legatum, & dominium ex alio titulo, fortè donationis, ſupervenerit; hic namque procedit allegata ratio, quòd non cenſeatur in judicium veniſſe, quod poſt judicium acceptum venit, *d. l. 13. junctâ l. 35. ff. de jud.* Quid, ſi, pendente lite, deſinat eſſe dominus? Diſtinguit ſuprà Laud. D. D. Franz *d. l. num. 13.* num recuperaverit ante ſententiam, vel non? Si prius? Actor adhuc obtinebit: ſi poſterius? Reus eſt abſolvendus, quia tempore ſententiæ deficit cauſa condemnationis. Dixit: ſed caſus, ubi quis, pendente judicio, poſſit amittere, & rurſus dominium recuperare, non expreſſit. Clavem

Digitized by Google

dabimus. Finge tibi ejusmodi caſus de Adjunctione, Specificatione &c.

22 Datur hæc actio contra quemcunque tum poſſeſſorem, tum etiam nudum detentorem (qui tamen poteſt authorem ſuum nominando ſe liberare) dummodò rei reſtituendæ facultatem habeat, vid. *l. 9. l. 27. §. 1. l. 36. pr. ff. de R. V.* Item contra illum, qui dolô (idem, ſi ex culpa, ſed poſt litem conteſtatam, *arg. l. 36. §. un. & l. 63. d. t.* vel etiam antè, ſi ſit malæ fidei poſſeſſor) deſiit poſſidere, vel liti, ùt poſſeſſor, ſe obtulit, *arg.* eorum, quæ ſuperiùs *num. 17.* dicta ſunt, vid. inſuper *l. 25. 26. & 27. pr. ff. d. t.* Si negaverit, ſe poſſidere, & de mendacio convincatur, condemnatur non tam in pœnam mendacii, quàm ex propria abdicatione, ad reſtitutionem, eſto Actor nihil præſtiterit, ſeu probaverit, *l. fin. ff. d. t. nov. 18. c. 4.* Unde colliges, teneri eum dicere, num poſſideat, *arg. l. 36. pr. ff. de R. V.* non tamen titulum poſſeſſionis edere, *l. 11. C. de pet. her. Laud. Hd. loc. mox cit.* Debet autem aliàs Author probare dominium, in cujus probatione, ſi ſuccumbat, reus abſolvitur, quamvis nihil ipſe viciſſim probaverit, *l. ult. C. de R. V. arg. l. 4. C. de edend.* Nec obſtat, quòd in *§. 1. h.* referatur caſus, ubi poſſeſſor viciſſim vindicabat, quia non neceſſitatis, ſed liberæ voluntatis, atque honeſtatis eſt, num reus velit contra vindicare, ut poſtmodum defendatur contra quemcunque, qui rem illam prætendere contendit. Latè *Vinn. ad §. 1. h. num. 18. verſ. Poſſeſſor autem.* Cæterùm, cùm probatio dominii ſit oppidò difficilis; nec enim ſufficit, ſi probes, te rem hanc emptionis, vel legati titulô accepiſſe, ſed probandum eſt, venditorem fuiſſe dominum, vel te tempore ad præſcriptionem ſufficienti (ita tamen, uti poſſis uti acceſſione, vid. *§. 12. de uſucap.*) poſſediſſe, duo adſunt ad manus faciliora remedia, quibus ſibi conſulere poterit Actor: Primum ſubminiſtrat Gajus in *l. 24. ff. de R. V.* his verbis: *Is, qui deſtinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquò interdicto poſſit nanciſci poſſeſſionem: quia longè commodius eſt, ipſum poſſidere, & adverſarium ad onera petitoris compellere, quàm, alio poſſidente, petere.* Alterum exhibet Prætor in *l. 1. pr. de public. in rem. act.* de qua mox infra, vid. interim *c. 3. §. porrò. de ſent. excom. in 6. l. 1. §. 4. ff. quod legat.* Quòdſi neutrum horum inſerviat, haud dubiè erit recurrendum ad Rei vindicationem: Ubi ulteriùs præter dominium requiritur, uti mox dictum, poſſeſſio, ſeu detentio corporalis ex parte rei conventi, *l. 9. l. 27. §. 1. l. 36. pr. ff. eod.* Exinde ſequitur

23 Effectus, id eſt, ſimplex juſſus Judicis, ut poſſeſſor rem cum omnibus fructibus extantibus, vel etiam non extantibus, poſt litem conte-

teſtatam tamen perceptis, *l. 22. C. de R. V.* & acceſſionibus, id eſt, alluvionibus, & accretionibus (de quibus vid. *l. 20. ff. d. t.*) reſtituat, etiam pretio non recepto, *l. 23. C. d. t. l. 2. C. de furt.* latiùs *Pagenſtecb. in Theſ. Jur. de condict. furt. num. 39. Hub. ubi ſupra num. 2. in fin.* Limitat Voët. *d. t. num. 8.* ſi quis in nundinis emerit, ne quis abſterreatur à commerciis, vel, ſi quis res furtivas longiùs fortè alias abducendas, diſtrahendáſque quaſi domini negotium gerens emerit, & ita *num. ſeq.* intelligit, *l. 6. ff. de capt. & poſtlim. rev.* Jam ſi reus juſſui paret, res ſalva eſt: ſi non? vel extorquetur manu militari, id eſt, per executores, ſeu juſtitiæ miniſtros, ſi apud Reum conventum exiſtat; vel, ſi non exiſtat, & dolô fecit, quò minùs poſſideret, condemnatur in quantum actor ſine ulla taxatione in litem juraverit, vid. textus notabilis in *l. 68. d. t.* Sed cur *in hac l.* ad juſſum, quod tamen tantùm eſt ſententia interlocutoria, executio ſequitur: In pœnam contumaciæ, ſalvâ ſententiâ condemnatoriâ, circa fructus, & acceſſoria. Rogas ulteriùs, quô juris principiô Judici ſimplici, cujus nomine intelliguntur Judices pedanei, facultas exequendi, aliàs Magiſtratibus competens, *arg. l. 3. ff. ne vis fiat ei.* adſcribi poſſit? Hujus curam relinquimus Triboniano, hanc legem juxta ſua tempora, ùt videtur, interpolanti: jung. Huber. *d. l. num. 13.* Quid, ſi res caſu, vel culpâ periêrit? Si caſu, vel culpâ periêrit apud *Bonæ fidei poſſeſſorem* ante litem conteſtatam, ad nihil tenetur, cùm in re etiam putativè propria nec dolus, nec culpa præſtetur, idem dicendum, ſi poſt litem conteſtatam caſu periêrit, ſuppoſitô, quòd poſſeſſor habuerit juſtam litigandi cauſam: *nec enim debet poſſeſſor* (inſit Paulus in *l. 40. pr. ff. de pet. hær.*) *aut mortalitatem præſtare, aut propter hujus periculi metum temerè indefenſum jus ſuum relinquere.* Si verò poſt litem conteſtatam apud Bonæ fidei poſſeſſorem culpâ periêrit, tenebitur ad veram æſtimationem, quanti actoris intereſt, ſolvendam, *arg. d. l. 36. §. un. l. 63. & 68. ff. de R. V.* debuiſſet enim in re, quam non ampliùs tam certò propriam credere poterat, diligentiùs verſari. Si apud *Malæ fidei poſſeſſorem* res caſu periit, etiam liberabitur, niſi actor probare poſſet, ſe fuiſſe diſtracturum, *l. 15. §. fin. ff. eod. junctâ l. 20. §. ult. ff. de hæred. pet.* ſi culpâ, tenebitur indiſtinctè ad veram æſtimationem, argumentô ex *dd. tt.* de Bonæ fidei poſſeſſore deſumptô. Nec in eo eſt facienda ulla diſtinctio, num ante- vel poſt litem conteſtatam res periêrit, cùm ſemper fuerit in vera mala fide. Illud circa reſtitutionem fructuum, de qua ſuprà, notandum, quòd, eſto petantur, tam in petitione hæreditatis, quàm rei vindicatione, diverſo tamen jure veniant, in illa, ex natura actionis, utpote univerſalis, in hac, officio Judicis,

 quod

Digitized by Google

quod ſecuriùs implorabitur, *Theſ. Jur. de R. V. num. 43, jung. Coccej. d. t. quæſt. 14.* (a)

24 Porrò etiam in hac Actione permittitur poſſeſſori deducere expenſas, quæ, facta fructuum deductione, remanent, *l. 48. & 65. pr. ff. de R. V. Hub. ibid. num. 11.* ſed paulò aliter, quàm in petitione hæreditatis. Siquidem *Expenſas Neceſſarias* deducit quidem tam Bonæ, quàm Malæ fidei poſſeſſor, ſi ſimplex ſit, *l. 5. C. de R. V.* non item, ſi qualificatus, id eſt, fur, latro, prædo, veluti deducitur ex *l. 13. ff. de condict. furt.* ubi ſumptus adoleſcentis, qui curâ furis crevit, non deducuntur, ſed potiùs in reſtitutione fit æſtimatio adoleſcentis. Idem colligitur ex *l. 1. C. de inf. expoſ.* ubi expenſæ ejusmodi deducuntur, *niſi à fure vindicaveris.* Ratio eſt, quia fur non reſtituendo cenſetur quotidie furtum repetere, *l. ult. ff. de condict. furt.* *Quid autem tam ridiculum eſſet*, ùt inquit JCtus in *l. 67. §. 2. ff. de furt. quàm meliorem furis conditionem eſſe propter continuationem furti exiſtimare.* *Expenſas Utiles* Bonæ fidei poſſeſſor deducit tribus caſibus, ſi res ſit venalis, ut pluris vendi poſſit, *l. 29. ff. de R. V.* vel ipſe dominus fuiſſet facturus, aut denique ſit dives, *l. 38. ff. d. t.* Extra hos caſus tantùm tollere poteſt, *l. 27. §. 5. l. 37. d. t.* Malæ fidei poſſeſſor expenſas utiles nunquam deducit, poteſt enim objici culpa, quòd temerè in rem alienam expenſas fecerit, *arg. §. 30. de R. D.* damnúmque, quod quis ſuâ culpâ ſentit, ſentire non videtur, *l. 203. ff. de R. J.* Sed, cur aliter in petitione hæreditatis? Quia hæreditas, utpote quædam univerſitas, ſicut ipſo jure per fructus, aliáſque acceſſiones augetur, ita etiam ſuâ naturâ (abſtrahendo qualis ſit poſſeſſor) per expenſas neceſſarias, vel utiles minuitur, *l. 20. §. 3. ff. de pet. hær. l. 9. C. fam. erciſc.* quod non verificatur de re particulari. Non tamen prohibebitur, ſi ſeparabiles ſint, eas tollere, *d. l. 37. ff. de R. V. l. 2. & d. l. 5. Cod. eod.* *Expenſas voluptuarias* bonæ fidei poſſeſſor duobus caſibus deducit, ſi res ſit venalis, quia poteſt majori pretio vendi, *arg. d. l. 29. ff. d. t.* vel, ſi dominus ipſe fuiſſet facturus, quia his caſibus induunt naturam utilium, *d. l. 38. ff. eod. & l. 10. ff. de impenſ. in rem dot. fact.* Secùs poterit, utì de utilibus dictum, tollere, ſi exinde utilitatem capere poſſit, aliàs enim malitiis hominum non eſt indulgendum, ùt, ſi vellet picturas inducere, ſeu corradere, *d. l. 38.* Malæ fidei poſſeſſor poterit itidem tantùm tollere, *arg. l. 39. §. un. ff. de pet. hæred.* niſi probetur animus donandi, qui in dubio non præſumitur, *arg. l. 25. ff. de prob.* Num animus donandi ex eo colligi poſſit, quòd poſſeſſor

(qua-

(a) Quia ante litis conteſtationem percepti non ſpectant ad illius officium; ſed tantùm, ſi poſtea fuerint percepti, *l. 25. §. 8. ff. de ædilit. Edict. l. 10. ff. de uſuris.*

(qualiſcunque ſive bonæ, ſive malæ fidei) non deductis expenſis rem reſtituat? Profectò maxima erit donationis præſumptio, ſi ſciens ſibi ratione expenſarum retentionem competere, nulla de expenſis mentione facta, rem reſtituat. Hinc negatur Actio in *l.48.ff. de R.V.* & *l.14.ff. de dol.mal.* & *met.except.* imò & condictio (quæ tamen juxta *l. 14.* & *66.ff. de condict.ind.* fundatur in æquitate) in *l.33.ff. d.t.* ſibi enim imputet, quòd ſciens ſibi retentionem, ſeu doli mali exceptionem competere, eâdem non fuerit uſus, cùm damnum, quòd quis ſuâ culpâ ſentit, ſentire non videatur. Unde aliter fuerit diſcurrendum, ſi res ſine facto, & voluntate poſſeſſoris ad dominum redierit, vel ejus facto quidem, ſed ignorantia, fortè, quòd, eô inſciô, ab ejus Adminiſtratore fuerint factæ expenſæ, ad illum, iis non deductis, pervenerit: hic enim ceſſaret ratio præſumptionis, pugnarétque regula, quòd nemo debeat fieri ditior cum damno, & jactura alterius. Dictis non adverſatur *l.40.§.1.ff. de condict. indeb.* ubi in terminis indulgetur condictio; nam textus loquitur de re hæreditaria, quæ per expenſas ipſo jure, & ſuâ naturâ minuitur, unde, ſi hæres integram reſtituat, indebitum tradit, adeóque tanquam indebitum poteſt condicere. Minùs refragatur, *l. 8.ff. de pig. act. l. 7. §.fin.ff. de imp.in rem dot.fact.* aut etiam *l.6. §.3.ff. de neg.geſt.* ubi non obſcurè in ejusmodi caſibus actio dari dicitur; ſupponunt enim hi textus, præceſſiſſe negotium bilaterale, pariens utrinque obligationem, & exinde ortam actionem, ùt eſt negotiorum geſtio, contractus pignoris, in quibus competere actionem contrariam ad expenſas, extra dubium eſt; facit enim in rem alienam, quam ex prævio negotio poſſidebat, ſcienter expenſas, ſed animô eas repetendi, alterúmque ſibi obligandi, qui animus deficit in eo, qui credit, rem eſſe ſuam, revid. tamen dicta à nobis, *lib.3.tit. 28. num. 3.* Aliter cum aliis à ſe citt. diſcurrit *D.D. Franz ubi ſuprà num.38.* (a)

§. III.

De Actione Confeſſoria, & Negatoria.

Actiones ex dominio vero tum univerſali, tum particulari ſubſequuntur Actiones ex altera ſpecie juris in Re, videlicet Servitute. Súntque CONFESSORIA, & NEGATORIA. Confeſſoria eſt *Actio realis, qua* 25

(a) In defectum hujus actionis quandoque competit actio in factum ſubſidiaria, perſonalis tamen, qua extorquetur lucrum penes poſſeſſorem (eſto bonæ fidei ſit) exiſtens, & nobis competens. vid. *l. 23. §. 5. l. 52. ff. de R.V.* jungat. Böhmer. *de Act. Sect. 2. §. 2. §. 11. & tribus ſeqq.*

qua quis aſſerit, ſibi in alieno ſervitutem competere, petitque eandem ſibi declarari. Eſt Civilis, Rei perſecutoria, Arbitraria. Caſus Actionis captu non erit difficilis. Pone, te prætendere jus eundi per fundum vicini tui, cúmque tibi exercitium prohibere: hac Actione tibi experiundum erit. Eſt autem

Alia Directa, alia Utilis, & quidem in duplici ſenſu, videlicet à *Subjecto*, cui competit, datúrque Dominio Directo, vel Utili, & ab *Objecto*, circa quod verſatur, ita, ut directa obtineat ex verbis legis, nempe in ſervitutibus tum realibus, tum perſonalibus. Utilis ex mente, ſeu ratione legis videlicet in aliis juribus, ſeu rebus incorporalibus; ſiquidem ideo in ſervitutibus datur Actio Confeſſoria, & Negatoria, quia ſunt res incorporales, *§. 2. b.* conſequenter ob eandem rationem locum habebit etiam in aliis rebus incorporalibus, tam ſpiritualibus, puta jure decimandi, patronatûs, quàm temporalibus, v. g. jurisdictionis, venandi, piſcandi &c. Competit igitur omnibus, qui ſibi in alieno vel ſervitutem, vel jus aliud competere aſſerunt, adeóque (I.) Domino prædii dominantis tam DIRECTO (directa) *l. 2. §. 1. l. 6. §. 3. ff. ſi ſerv. vind.* adeò, ut, ſi plures ſint, cuilibet in ſolidum competat, *l. 4. §. 3. ff. eod.* ita quidem, ut, ſi Actor ſit in poſſeſſione, dominium præſumatur, *arg. d. l. 8. §. 3. ff. ſi ſervit. vind. & l. 16. C. de prob.* aliàs autem debebit illud probari, *arg. l. 16. & 18. ff. de except.* Quàm Utili (utilis) nimirùm Vaſallo, *2. f. 8. verſ. Rei autem.* Emphyteutæ, *l. 16. ff. de ſerv.* Superficiario, *l. 1. §. fin. ff. de ſuperfic.* Item (II.) Bonæ fidei poſſeſſori, *arg. l. 136. ff. de R. J.* Nec non (III.) creditori pignoratitio, *d. l. 16. ff. de ſervit.* Sed, an Uſufructuario? Dubium non eſt, ſi uſumfructum prætendat, uti patet ex *l. 1. pr. l. 5. §. 1. & tot. tit. ff. ſi uſusfr. pet.* Sed id ambigitur, utrùm, ſi fundo uſufructuario ſervitutem, v. g. jus eundi, agendi &c. aſſerere præſumat? Directa, utpote, quæ ſoli domino competit *d. l. 2. §. 1. d. l. 6. §. 3. ff. ſi ſervit. vind.* non datur, quia hoc modo, ſibi ſcilicet petendo, peteret ſervitutem ſervitutis, quod implicat: Utilis datur, non quidem contra ipſum dominum, ſi ab ipſo impediatur, contra illum quippe vindicat ipſum uſufructum, quem dominus, impediendo exercitium ſervitutis, indirectè negare videtur, *d. l. 1. pr. d. l. 5. §. 1. ff. ſi uſufr. pet.* ſed contra quemcunque extraneum impedientem, *l. 1. §. 4. ff. de remiſſion.* Quo caſu tamen non tam proprio, quàm procuratorio nomine agere, deduces ex *d. l. 1. §. 4. ff. de remiſſ. junctâ l. 1. §. ult. ff. de N. O. N.* Competit itaque hæc actio contra quemcunque poſſeſſorem prædii ſervientis: ſive eos, qui uſum ſervitutis (idem de aliis juribus in ordine ad actionem utilem) impediunt, turbant, vel eam

(ſer-

(ſervitutem) omnino negant, ſive ſint fundi ſervientis domini, *d. l. 6. §. 3. ff. ſi ſervit. vind.* ſive non, *l. 10. §. 1. ff. eod. d. l. 5. §. 1. ſi uſufr. pet.* (a)

Ut autem Actor hac actione obtinere valeat, debet non ſolùm probare, ſe in exercitio ſervitutis turbari, ſeu inquietari, ſed vel maximè fuiſſe ſibi ſervitutem conſtitutam, *l. 9. C. de ſervit.* Ante conſtitutionem autem, quæ, ùt ſuô locô vidimus, fit per uſum unius, & patientiam alterius, regulariter tantùm competit actio perſonalis ex contractu, quo fuit promiſſa. Dixi: *regulariter*; nam, ſi ſit in teſtamento relicta, ſtatim à morte defuncti, vel ſaltem ab adita hæreditate, præter actionem perſonalem ex teſtamento, etiam confeſſoriam competere, ſatis certum eſt, *arg. l. 64. in fin. ff. de furt. & l. ult. ff. de ſervit. leg.* Quid autem, ſi jam ſit in quaſi poſſeſſione, quæ aliàs liberat ab onere probandi, *l. 14. ff. de prob.* Nihilominus, ſi in petitorio (ſecùs, ſi in poſſeſſorio, nimirum quodam interdicto, *Stryck. U. M. P. ſi ſervit. vind. §. 1.*) id eſt, ſi hac actione agat, eidem incumbit onus probandi non tantùm ex vulgari regula, quòd aſſerenti incumbat probatio *l. 2. ff. d. t.* ſed notanter, quia contra illum currit juris præſumptio, cùm quælibet res ab alterius ſervitute ex ſua natura ſit libera, *arg. d. l. 9. ac ibid. Brunn. & l. 10. C. de ſervit.* Diſſentit Lauterb. *ff. ſi ſervit. vind. §. 4.* ob textum in *l. 8. §. 3. ff. d. t. junctâ l. 15. in fin. ff. de N. O. N.* At nec primus, nec alter textus huic Authori patrocinatur: In illo quippe proponitur dubium, quis poſſeſſoris, quis petitoris partes ſuſtineat, & reſolvitur: ſi tigna ſint immiſſa? eum, qui ſervitutem ſibi deberi, ait, ſi non? qui negat. Et quid ni? Antequam enim tigna ſint immiſſa, nondum dicitur ſervitus conſtituta; adeóque alter manet adhuc in libertate naturali. Ubi autem hic mentio, cui probatio ſit injungenda? Dicet *citat. Author:* Petitori, uti ſatis colligitur ex *d. l. 15. ff. de N. O. N.* cum ibidem *in fin.* petere ſit idem, ac onus probationis ſuſtinere debere, petitor autem, poſtquam tigna immiſſa ſunt, eſt, qui negat, ùt ait textus. Sed hoc eadem authoritate negatur, qua aſſeritur: cùm pro petitore pugnet juris præſumptio, quæ, utpote in natura fundata, fortior eſt, quam poſſeſſio, idcirco rejicit adhuc onus probandi in poſſeſſorem, cùm præſumptio habeatur pro veritate, donec probetur contrarium,

26

(a) Excipiunt ſervitutem oneris ferendi, in qua ſingulare id eſſe volunt, quòd tantùm contra dominum detur hæc actio *l. 6. §. 3. ff. ſi ſervit. vind. l. 1. §. 1. de S. P. V.* Ratio poterit fortè hæc eſſe, quia ſervitus iſta factum ſervientis, nimirum reparationem parietis, exigit, ùt ſuô locô vidimus; factum autem hoc vix alius, quàm dominus rei ſervientis præſtabit.

rium, *l. ult. in fin. pr. ff. quod met. l. 24. §. 8. ff. de fideicom. libert.* Textus in *d. l. 15. ff. de N. N. O.* ſimiliter non facit ad rem; eſt enim conceptus de caſu ſpeciali, quo ille, qui contra ſuum Adverſarium jus naturalis libertatis defendere neglexit, aut recuſavit, in tantum punitur, ut poſtea de jure ſuo docere teneatur, & ita petitoris partes ſuſtinere; & hoc ideo, quia juxta textum, officio Judicis cautio injuncta fuit, ne juri alterius contraveniat, niſi priùs jus, quod antea contumaciter defendere recuſavit, docuerit. Lauterbachio adſtipulatur Coccejus ad *d. t. ſi ſervit. vind. quæſt. 3.* Videbitur fortè à juris regulis alienum poſſeſſorem actoris partes ſuſtinere, cùm utique poſſeſſor exſpectare poſſit, donec alter agat? In rebus corporalibus non eſt aliter, *§. 2. h. t.* ibi: *nam in his, is agit, qui non poſſidet: ei verò, qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget, rem actoris eſſe.* Aſt, cur ſecùs in incorporalibus? aut quænam diverſitatis ratio? Quia rerum corporalium poſſeſſio certior, & firmior, atque non, niſi per vim, auferibilis eſt, adeóque poſſeſſor exſpectare poteſt, donec ab alio expellatur, *l. 1. §. 6. ff. uti poſſ.* Poſſeſſio rerum incorporalium econtrà infirmior, atque hoc ipſo, quòd ſit in re aliena ab alio poſſeſſa, faciliùs eſt amiſſibilis; unde debuit poſſeſſor actione quadam juvari, qua illam tueri poſſet. Latiùs *Vinn. ad §. 3. h. num. 7.*

27 Alium hic in *d. §. 2. in fin.* excitat ſcrupulum Tribonianus, dum pergit: *Sanè UNO CASU, qui poſſidet, nihilominus is actoris partes obtinet, ſicut in latioribus digeſtorum libris opportuniùs apparebit.* Quæſitum iverunt hunc unicum caſum per varias vias, & hodiedum eunt. Alii (cum quibus *Hub. h. t. num. 6. verſ. Alter ſcrupulus*) inveniunt in hoc ipſo *§. 2.* ajúntque, eſſe hunc ipſum caſum actionis confeſſoriæ, & negatoriæ, ut ſenſus ſit: *hoc uno caſu.* Deducunt hoc ex *§. 6. de off. jud.* ibi: *ſanè uno caſu adjudicatio neceſſaria eſt*, qui eſt ipſiſſimus, de quo ibidem agitur. Alii cum *Hopp. ad §. 2. h.* inveniſſe ſe, credunt in *l. 9. ff. de R. V.* ubi Commodans, Deponens, qui poſſeſſores (civiles) ſunt, agunt contra depoſitarium, commodatarium, tanquam poſſeſſores naturales, ſeu corporales; ſuntque, ajunt, unius caſûs plura exempla: Alii, ſe reperiſſe, contendunt, in judiciis diviſoriis, ubi quilibet eſt actor & reus, ſimúlque poſſeſſor. Alii recurrunt ad actionem in factum, quæ ſucceſſit in locum Interdicti, *uti poſſidetis*, quæ datur poſſeſſori contra turbantem, ut declaretur juſtus poſſeſſor, & alter caveat de non ampliùs turbando. *Voët. ad ff. ſi uſufr. petat. num. 3.* hunc caſum toties ſibi obvium eſſe, exiſtimat, quoties Actor fundamentum ſuæ intentionis jam adſtruxit, negotii tamen natura exigit, ut reo permittatur probatio in contrarium, ita,

ita, ut excipiendo partes actoris ſubeat, *l. 1. ff. de except. junctâ l. 9. C. eod.* adducítque ſpeciem facti ex *l. 16. C. de probat.* Plures opiniones affert, ac refutat Pagenſt. in *Theſ. Jur. ff. fin. reg. num. 2. ante fin.* Alii via emendativa Triboniani opinionem quærunt, dicúntque, eſſe omiſſam particulam NON, adeóque legendum: *ſanè NON uno caſu, is, qui poſſidet, nihilominus actoris partes obtinet:* ſi enim unicus eſſet caſus, vix credibile videtur, Tribonianum voluiſſe nos ad latiores Digeſtorum libros ablegare, cùm pauciſſimis verbis potuiſſet illum exprimere. Nec erit difficile plures caſus invenire, ubi poſſeſſor rei corporalis partes actoris (quod non indicat, abſolutè actorem eſſe) ſuſtinere dicitur, nimirum toties, quoties excipiendo aſſerit, vel ſponte onus probandi in ſe ſuſcipit, *vid. l. 14. §. fin. l. 19. pr. ff. de prob.* Verùm planiora nos vocant: Eſtque Judicis condemnatio, quæ actionem ritè probatam excipit. Declaratur igitur, actori ſervitutem, vel jus aliud competere, *d. l. 8. l. 4. ff. ſi ſervit. vind.* Reúſque condemnatur non ſolùm ad patientiam, *l. 4. §. 5. d. t.* ſed etiam ad cautionem præſtandam de non ampliùs impediendo, *l. 7. & 12. ff. eod.* nec non ad fructus, forte perceptos, reſtituendos, atque præſtandum, quanti actoris intereſt, ſe in uſu ſervitutis fuiſſe turbatum, *d. l. 4. §. 2. l. 6. ff. d. t. junctâ l. 12. ff. quod met. cauſ.* (a)

(a) Curſum hic ſiſtit Bœhm. *de Action. Sect. 2. c. 2. §. 39.* Diximus mox, reum condemnari ad patientiam. Num & non quandoque ad factum ponendum? Negavimus hoc ad *tit. de ſervit. §. 1. num. 1. verſ. QUID SI:* Nec aſſerti pœnitet: Minùs movent, quæ habet *Laud. Author. loc cit.* Aliquando, ait ille, etiam agitur ad reficiendum, ſi videlicet dominus prædii ſervientis per pactum refectionem parietis in ſe ſuſceperit; hic enim poteſt hac actione cogi ad reficiendum, cùm pactum in rem ſit conſtitutum, & ita quemlibet fundi poſſeſſorem ſtringat, quò collineare videtur JC. in *l. 6. §. 2. in fin. ff. ſi ſervit. vind.* dari enim talia pacta conſtat ex *l. 17. §. 5. ff. de pact. l. 7. pr. de jure patronat.* Et ſic (pergit in *not. lit. N.*) fit, ut refectio ipſi ſervituti extra ordinem inſit ita, ut alteretur, ſeu inflectatur quodammodo ſervitus, quæ de ſe ad factum non ſtringit *d. l. 6. §. 2. l. 33. ff. de S. P. V.* Hunc diſcurſum ferè ex integro præoccupavimus *loc. ſuperiùs citat.* Et profectò turpiter hallucinatur Bœhm. ſi hanc ſententiam ex principiis Juris Romani probare contendit. Conſtat quippe ex pacto vel planè actionem non dari, vel (quod etiam proportionaliter de ſtipulatione intelligendum) dari tantùm inter contrahentes, eorúmque hæredes, ut optimè advertit, Stryk. *U. M. Pand. de ſervit. §. 3.* Textus allegati nil minùs evincunt, quàm intentum Böhmerianum. Cùm imprimis in *d. l. 6. §. 2.* ſit ſermo de caſu ſpecialiſſimo (ſervitute oneris ferendi) qui multorum ingenia fatigavit: deinde poteſt poſſeſſor rem deſerere, ùt ait ibid. JC. In *d. l. 17. §. 5. ff. de pact.* nullatenus dicitur pactum IN REM CONCEPTUM actionem parere, ſed exceptionem. Minùs ad rem facit *l. 7. pr. ff. de jur. patr.* cùm ſit in favorem libertatis lata, ùt legenti patebit. At riſum teneatis Amici! in foro ejuſmodi ſervitutes paſſim receptæ ſunt, & riſui (inſit memor. Stryk. *loc. ſupra cit.*) exponerentur, qui iſtas negant,

28 Ex *cit. ſ. b.* jam apparet, in rebus incorporalibus dari ſpeciale genus Actionis, qua negamus jus alteri competere, vocatúrque Actio Negatoria, priori quaſi contraria, *l. 8. ff. ſi ſervit. vind.* vel correlativa. *Qua ſcilicet negamus, alteri in noſtro ſervitutem competere, petimúſque, rem noſtram liberam declarari:* Caſus ex priori deſumendus. Finge, Titium ire per tuum fundum, quem ſibi ſervire prætendit. Si agere velis, Negatoria uti debebis, habet eadem prædicata, quæ prior: éſtque pariter, uti Confeſſoria, in duplici ſenſu, *Directa*, vel *Utilis*, quæ diviſio ex dictis facilè dignoſci poteſt, cùm hic id ipſum negetur, quod in illa aſſeritur: Habet nihilominus cauſam Effectivam longè aliam: Illa quippe oritur ex ſervitute; hæc verò ex libertate naturali, in qua ſe fundat actor, dum à natura quælibet res, juxta ſuperiùs deducta (quæ limitanda, ſi alter ſit in poſſeſſione longi temporis, *arg. l. 10. pr. ff. de ſervit. vind.*) præſumitur libera, donec probetur ſervire. Hinc, utrùm ſit Actio Confeſſoria, vel Negatoria, non ex conceptu verborum affirmativo, vel negativo; ſed ex eo colligendum, num Actor ſe fundet in jure, quodam ſpeciali, ſibi in alieno conſtituto; num verò in libertate naturali, rei ſuæ competente? Si prius, erit Actio Confeſſoria, ſi poſterius Negatoria: Unde, ſi dicam alteri non competere jus, ædes ſuas altiùs tollendi, quamvis alteri jus competere negem, nihilominus eſt Actio Confeſſoria, quatenus me in jure ſpeciali, mihi in aliena re competente, fundo, dicóque implicitè alterius ædes mihi ſervire, deberéque ſervitutem altiùs non tollendi. Econtra, ſi dicam, mihi competere jus meas ædes altiùs tollendi, eſto aſſeram mihi jus competere, tamen regulariter (poteſt enim quandoque etiam eſſe confeſſoria, *arg.* eorum, quæ diximus de ſervitutibus *num. 14.* & ſecundùm *ibid.* dicta intelligendus Tribonianus in *ſ. 2. b.*) eſt Actio Negatoria, quia me fundo in libertate naturali; implicitè enim contendo, meas ædes alteri non ſervire, vel non debere ſervitutem altiùs non tollendi, vid. ad rem textus in

l. 4.

gant, uti patet de operis ſubditorum. Verùm riſus iſte nos, qui id ipſum de ſervitutibus, *ubi ſupra,* ſed ex alio principio, admiſimus, non tangit; nec etiam Bœhmerum ſolatur, qui ex principiis Juris Romani ſuam opinionem autumare contendit, quæ tamen tantùm de praxi, & per enormem à jure receſſum pro certis caſibus ſuſtinetur, ita quidem, ut minimè hoc ſit ſtatuendum pro regula; ſed potiùs, niſi ſint res aliàs ſervire ſolitæ, ùt ſunt prædia ruſtica, ſeu emphyteuticaria, quæ ejuſmodi operarum præſtationibus plerumque ſunt obnoxia, ſemper contra ſervitutem, eſto conſtaret de ſimili pacto *in rem*, erit pronunciandum, cùm conſuetudo contra jus ſtrictiſſimæ ſit interpretationis.

l. 4. §. 7. ff. ſi ſervit vind. Fuſiùs *Vinn. ad §. 3. h. num. 3. & 4.* (a) Limitat tamen hanc regulam Stryk. *de Act. for. ſect. 2. membr. 4. §. 5. & 6.* Si libertas naturalis lege quadam publica reſtricta ſit, quo caſu, qui illam ſibi contra talem legem, ſeu ſtatutum competere aſſerit, debebit, utpote ſe in ſpeciali jure, ſeu privilegio exemptionis fundans, agere Confeſſoria: Inde ſequitur, quòd, etſi jus braxandi, ſeu coquendi cereviſiam ſpectet ad jus naturalis libertatis, quia tamen hæc libertas in multis locis reſtricta, & tantùm quibusdam conceſſa eſt, qui ſibi extra collegium hoc jus aſſerit, Confeſſoria debebit experiri. Collegium verò Negatoriâ, quia pro ſe habet jus commune, libertati naturali æquivalens; quam non malè dixeris libertatem civilem, qua naturalis ſublata, vel reſtricta fuit. Hæc limitatio tamen hodie, præſertim in aliis juribus extra ſervitutes, vix non latiùs patebit ipſa regulâ. Cæterùm, cui, & contra quos hæc Actio competat, ſine magno labore ex dictis de confeſſoria deduci, & ſimul colligi poteſt, quòd Actor etiam hic rejiciat onus probandi in adverſarium, cùm pro illo militet præſumptio libertatis.

Hoc unicum rogabis, cur in vindicandis rebus incorporalibus duplex Actio ſit prodita, & cur non etiam in corporalibus? Quia in rebus corporalibus actio negatoria, qua alteri dominium competere negarem, nullum haberet effectum; non enim ſufficit, ſi probem, adverſarium non eſſe dominum, cùm ex eo, quòd ille non ſit dominus, non hoc ipſo ſequitur, me eſſe dominum; ſed opus eſt, ut oſtendam, dominium ad me ſpectare. In rebus incorporalibus econtra jam conſequor meum intentum, ſi declaretur, adverſario ſervitutem in re mea non competere, cùm hoc ipſo ſequatur, rem meam eſſe liberam ab alterius ſervitute. Ratio rationis, ùt mihi videtur, eſt, quòd actio negatoria præſupponat in actore dominium, *arg. l. 2. pr. ff. ſi ſervit. vind.* quod vel præſumitur, ſi actor eſt in poſſeſſione. *Schamb. ad d. §. 2. h. verſ. Quæres primò,* vel probari debet, ſi non poſſidet: In negatoria verò rerum corporalium reſpectu actoris nullum jus ſupponi poſſet, adeóque plenariè eſſet probandum, idcirco actio negatoria, improviſa metamorphoſi, evaderet confeſſoria.

(a) Quis vincet, ſi non dominus, ſeu bonæ fidei poſſeſſor negatoria experiatur contra aſſerentem ſibi uſumfructum, vel aliam ſervitutem? In Jure verè competenti neuter: Interim tamen in Jure, uti ſupponimus, tantùm prætenſo ille erit in lite ſuperior, qui eſt in poſſeſſione. Similis facti ſpecies videri poteſt in *l. 5. in fin. pr. ff. ſi uſusfr. petat.*

29 Jam Effectûs hujus Actionis non ampliùs latet in obſcuro: Declaratur equidem fundus liber ab alterius ſervitute, vel onere prætenſo, & alteri non tantùm imponitur, ut deſiſtat ab exercitio attentatæ ſervitutis, atque deſuper caveat, *arg. l. 7. & 12. ff. ſi ſervit. vind.* ſed etiam, ut, ſi quid novi immiſerit, ſuîs expenſis tollat, fructus, ac omne id, quod actoris intereſt, præſtet *l. 4. §. 2. ff. d. t. arg. l. 5. §. fin. ff. ſi uſusfr. pet.* Et, ſi reus juſſui non paruerit, Judex, ut in aliis actionibus arbitrariis, condemnabit, quanti Actor in litem juraverit, *d. l. 7. in fin. ff. ſi ſervit. vind.*

SECTIO II.

De Actionibus Realibus Prætoriis.

EXpoſitæ ſunt Actiones Reales Civiles, ordine jam occurrunt Prætoriæ, quarum rurſus recenſentur quatuor, Publiciana, Reſciſſoria, Pauliana, & Hypothecaria, *ſequentibus §§phis* enodandæ.

§. I.

De Actione Publiciana, & Reſciſſoria.

30 HArum quælibet verſatur circa præſcriptionem, in illa fingitur eſſe præſcriptum, quod reverà præſcriptum nondum eſt: in hac econtrà non præſcriptum, quod à parte rei præſcriptum fuit. Definitur PUBLICIANA, quòd ſit *Actio Prætoria Realis, qua is, qui rem, vel jus aliud juſto titulo, bonâque fide acquiſivit, & fortè ante præſcriptionem completam amiſit, agit contra illum, qui jure infirmiori poſſidet, ut res, vel jus ſibi cum omni cauſa reſtituatur.* Dicitur *Prætoria.* Inde patet ejus cauſa *Effectiva Remota.* Cauſa verò, quæ Prætorem movit ad hanc actionem inducendam, fuit tum æquitas, tum exinde orta neceſſitas. *Æquitas*, quæ utique ſuadet, ut ille in rei poſſeſſione præferatur, qui habet jus fortius; uti enim ille, qui rem v. g. emit à vero domino, dominium acquirit, nec illud amittit, eſto poſſeſſione excidat, ita ille, qui rem, à non domino traditam, accepit, jus poſſidendi obtinet, quod non amittitur, eſto naturalis poſſeſſio ad alium perveniat. Et hic vel maximè locum habet vulgata regula: *Bona fides tantum præſtat, quantum veritas, l. 136. ff. de R. J. Neceſſitas*, quia de Jure Civili ante præſcriptionem com-

Digitized by Google

completam ei, qui poſſeſſionem amiſit, non eſt inventum remedium. Conſul. *§. 4. h.* Dicitur *Realis.* Ita communiſſimè traditur, quod ſanè ex *cit. §. 4.* extra omne dubium videtur. *Dicit enim is, qui poſſeſſionem amiſit* (ita ſonat textus) *eam rem ſe uſucepiſſe, quam uſu non cepit, & ita VINDICAT SUAM ESSE.* Quod haud dubiè indicat actionem realem, & quidem ex dominio, quod Prætor fingit, jam eſſe præſcriptum, ortam. Nulli tamen dubitamus, quin etiam locum inveniat in aliis ſpeciebus juris in re, putà ſervitute, aut pignore, fortè, quòd res uſufructuaria (idem proportionaliter de pignore) ad tertium pervenerit, qui pariter uſumfructum ſine titulo prætendit, ùt habetur caſus in *l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act. jungatur l. 5. §. 1. ff. ſi uſusfr. petat.* Pugnat enim eadem ratio tam æquitatis, quàm neceſſitatis: Unde patet, *Cauſam Efficientem, Proximam*, non eſſe dominium in ſpecie, ſed jus in re, quod fingitur, præſcriptum, eſto reverà præſcriptum non ſit. (a) Imò, an hæreticum eſſet dicere, etiam obtinere poſſe in actionibus perſonalibus, conſequenter, quandoque etiam oriri ex jure ad rem ficto. Fac, mihi fuiſſe ceſſam condictionem certi ex mutuo à non creditore, quem talem bona fide putabam (nec enim, præſertim ab uno ex pluribus hæredibus fieri poſſe, impoſſibile eſt) & hanc ipſam actionem ab alio tibi ſcienti fuiſſe venditam, atque demandatam. Quis negabit, me hoc caſu eſſe præferendum, *arg. cit. §. 4. h.* Nec tamen dicet, eſſe actionem realem, ſed erit ipſa condictio ex mutuo, quam Prætor fingit, me præſcripſiſſe, adeóque Publiciana. Hinc (aut vehementer fallimur!) nullius hæreſis damnandum, putamus, ſi dicas, tot eſſe actionum Publicianarum ſpecies, quot ſpecies

(a) Sunt, qui actionem hanc in dominio, vel alio jure in re PRÆSUMPTO, non FICTO fundari contendunt; ſi enim, inquiunt, fundaretur in jure in re, quod fingitur præſcriptum, ùt nos volumus, ſolummodo tunc publiciana competeret, quando per ſe obtinere, & hinc fingi poteſt præſcriptio, cùm impoſſibilia non fingantur; atqui conſtat, publicianam competere, eſto ſit impoſſibilis præſcriptio. *arg. l. 12. §. 1. & 2. ff. de publ. in rem act.* Unde in illis tantùm caſibus præſcriptio obtinebit, in quibus dominium poteſt præſumi. Profectò, etſi lubentiſſimè huic opinioni vellem ſubſcribere, retrahit tamen authoritas Imperatoris, quæ hujus actionis formulam, ac fundamentum in *§. 4. h. t.* ſat clarè delineat, atque præſcribit, in verbis: *Inventa eſt à Prætore actio, in qua dicit is, qui poſſeſſionem amiſit, EAM REM SE USUCEPISSE, QUAM USU NON CEPIT, & ita VINDICAT SUAM eſſe.* Accedit, quòd in publiciana omnia adeſſe debeant (ſi tempus excipias *arg. l. 1. §. 1. ff. de publ. in rem act.*) quæ in rei vindicatione *l. 7. §. 8. ff. eod.* neque regulariter obtinere valeat, niſi ubi locum habet uſucapio, *d. l. 7. § 17. ff. d. t. in fin.* ibi: *quia USUCAPERE non poterit.* Ex quibus ſufficienter apparet, publicianam fundari in jure, quod fingitur præſcriptione acquiſitum. Neque obſtant rationes in contrarium adductæ, quia continent exceptionem à regula, cui ferè omnes leges ſubeſſe, nemo non ſcit. Addantur dicta hic *num. 31. verſ. Vel abſolutè. & verſ. Vel gratis.*

Digitized by Google

cies numerantur actionum præſcriptibilium, cùm in omnibus, ſuppoſitis debitis requiſitis, potiſſimùm verò ceſſione a non domino facta, poſſit fingi præſcriptio, pugnétque eadem æquitas, neceſſitásque, quòd ſit præferendus, qui jus firmius habet. His accedere poteſt, quòd Reſciſſoria, ex infra dicendis, quandoque ſit realis, quandoque perſonalis, pro diverſitate juris amiſſi, quod amiſſum non eſſe fingitur, cur non etiam dici poterit de Publiciana, quòd ſit quandoque realis, quandoque perſonalis pro diverſitate juris, quod fingitur eſſe præſcriptum. Quòd, ſi hæc opinio tibi videatur exotica, abjice; contemne; nec enim Evangelium ſcribimus; perpende tamen, nobis id licere, quod aliis, (a) Dicitur: *Qua is &c.* unde patet, hanc actionem competere ei, qui rem, vel jus aliud, putà ſervitutem, titulo ad rem illam, vel jus acquirendum habili, *l. 1. & ſeqq. ff. d. t.* bonáque fide acquiſivit. Debet tamen res, vel jus illud eſſe præſcriptibile, *l. 9. §. 5. ff. de publ. in rem act.* Unde hæc actio non obtinet in rebus furtivis, alióve ſimili vitio affectis, aut alienari prohibitis, *l. 12. §. 4. ff. eod.* quia implicat fingere præſcriptionem, ubi illa eſt impoſſibilis. Excipiuntur in *d. l. 12. §. 2.* prædia vectigalia, fortè ideo, quia tantùm per accidens præſcriptionem effugiunt, vid. tamen *Voet. ff. ſi ager vectig. num. 4.* vel dici poteſt eſſe præſcriptibilia reſpectu domini directi, non item reſpectu tertii. Parùm patientiæ rogas: Subſiſtis enim, an dominus ſit hac actione juvandus? Habet enim remedium ordinarium, ſcilicet rei vindicationem, conſequenter non

(a) Et en! jam adſunt, qui hanc doctrinam explodunt, & caſum de pluribus hæredibus, quem nos ùt poſſibilem tetigimus, ita exponunt. Unus hæredum ſine aliorum præſcitu contra *l. 6. C. fam. erciſc.* chirographum hæreditarium Titio vendit, céditque: Titius chirographum hoc amittit; alius illud invenit, & Cajo vendit. Pone jam Titium inſtituere velle contra debitorem (Cajum ſupponamus non poſſe, utpote fored malæ fidei emptorem) condictionem ex mutuo: Nónne debitor reponet: tecum non contraxi; tecum mihi nullum negotium. Quòd ſi actor replicet, ſibi actionem fuiſſe ceſſam, debitor illicò duplicabit: hæres venditor non potuit ſolus vendere, cùm non habuerit jus pro diviſo, ſed indiviſo, & cum aliis hæredibus commune. Verùm diſcurſus iſte à concepta opinione non movet. Non equidem diffitendum, debitorem ita duplicaturum, ſi ſciat, rem ita ſe habere, quid autem, ſi neſciat, credátque ſolum venditorem fuiſſe hæredem? An non ſine hæſitatiòne ſolvet? Fingamus alium. Sempronius hæres remotior, ſed, cùm proximior ignoraretur, putatitius, nomen hæreditarium Mævio donat, ſimúlque cedit. Hoc ipſum nomen, & alius, ſed priori adhuc remotior itidem donat, ceditque Sejo, ſed ſcienti, donatorem eſſe conſanguineum remotiorem. Uterque jam còntra debitorem hæreditarium experitur. Quem tu horum præferes. Ego certè nullatenus hæſitarem, præferendum eſſe Mævium, qui nomen bona fide, & ab hærede bonæ fidei accepit, nec de alio hærede proximiori (quamvis, ùt ſupponimus, adſit) hic & nunc conſtat. Quid enim poterit

non debet recurrere ad extraordinarium, *arg. l. 16. ff. de min.* At, licèt intentio Prætoris primaria fuerit, ſuccurrere ei, qui alio remedio deſtitutus eſt, quis tamen, ſalva æquitate, quam præ oculis habuit Prætor, voluitque, ut, qui jus firmius habet, præferatur, ſuſtinere poterit, ut excludatur dominus, cujus jus omnium eſt firmiſſimum, ſi fortè dominium difficulter, vel omninò probare non poſſit. Deinde, quid demum opponet, qui jus infirmius habet, agenti domino hac actione: Num fortè dicet: Tibi, utpote domino, non competit hæc actio? Profectò ſua ſe ſe confeſſione damnaret. Accedit, quòd novum non ſit in jure, recurrere ad remedium extraordinarium, ſi illud ordinariò ſit vel pinguius, vel facilius, *arg. §. 1. de bonor. poſſeſſ.* Damus itaque ex verbis Edicti non competere, benè verò ex ejus mente. Dicitur:

Bonâque fide, quæ *arg. c. fin. de præſumpt.* præſumitur, nec allegari, 31
multò minus, ùt incongruenter docet *D.D. Franz h.t. part. 5. ſect. 4. n. 14.* probari debet, *arg.* eorum, quæ diximus ad *tit. de præſcript. n. 2.* Hic fortè non capies, quomodo præſumatur in eo, qui hoc ipſo, quòd Publicianâ agat, fatetur, ſe à non domino accepiſſe, uti innuit *JC. in l. 1. pr. ff. de publ. in rem act.* bona fides? Verùm cave, ne decipiaris; ſunt enim illa verba non Actoris, ſed ipſius Edicti. Actor quippe haud dicet, ſe à non domino accepiſſe, ſeu non uſucepiſſe, ſed ſimpliciter contendet, ſe juſtô titulô rem accepiſſe. Quid, ſi mala fides ſuperveniat? Non nocet, quod de Jure Civili certius eſt, quia hoc jure mala fides ſuperveniens non nocet præſcriptioni veræ. *l. 48. §. 1. ff. de A. R. D. l. un. C. de uſucap. transf.* multò minùs nocebit fictæ: modò adfuerit bona fides tam tempore initi contractûs, quàm ſecutæ traditionis, ita capimus Ulpianum in *l. 7. §. fin. ff. d. t. arg. l. 2. in fin. princ. ff. pro empt.* De Jure Canonico idem eſt dicendum, eſto enim receſſerit à Jure Civili in præſcriptione vera, utpote, quia currit contra verum dominum, eique nocet, non tamen ſequitur, etiam receſſiſſe in ficta, quæ tantùm militat contra illum, qui jure infirmiori, adeóque nullo adſtipulante titulo, vel bona fide,

ſit debitor opponere, vel qui Judex ſubdubitare, cùm hæres cedens hactenus ab omnibus habeatur pro hærede proximiori, & legitimo; imò hæreditatem ſine ullius contradictione poſſideat? Sed qua actione? condictione ex mutuo directa, ſeu civili certè non, quia, exiſtente utpote proximiore, & jure hæreditario nondum præſcripto non eſt verus hæres: ergo prætoria tanquam hæredi putativo, ficto, ſeu præſumptivo competente; & hæc non alia eſſe poterit, quàm condictio ex mutuo publiciana ex æquitate, qua præferendus bonæ fidei poſſeſſor, oriunda. Siquidem ceſſionario competere eandem ipſam actionem, quæ competit principali, cujus nomine (ſuppoſito mandato) agit, aliunde noti juris eſt. Si verò nec iſta ſapiant, quiſque pace mea de ſua penu vivat, & ſentiat.

Digitized by Google

poſſidet, vid. Voët. *ff. de publ. in rem act. num. 4.* Diſſentit Coccej. *d. t. quæſt. 4.* quem conſule. Dicitur: *Acquiſivit.* Quoniam jus in re ſine traditione non acquiritur, opus eſt traditione, *§. 4. h. d. l. 7. §. pen. ff. de publ. in rem. act.* ut *igitur publiciana competat* (ait ibi JCtus) *hæc debent concurrere, ut & bona fide quis emerit* (idem de aliis ejusmodi negotiis) *& ei res empta, eo nomine ſit tradita: Cæterùm ante traditionem, quamvis bonæ fidei quis emptor ſit, experiri publiciana non poterit.* Quid autem de iis caſibus dicendum, ubi dominium, vel aliud jus in re absque traditione acquiritur, ùt eſt in re legata, hypothecata? In ejusmodi caſibus obtinebit probabiliùs Publiciana ſine traditione actuali, cùm traditio jam à jure ſuppleatur, ita, ut, ſicut competit rei vindicatio, non videatur, cur Publiciana ſit deneganda? Reſpondebis fortè: Ideo, quia Publiciana fundatur in præſcriptione ſaltem ficta, ſine traditione autem præſcriptio fingi non poteſt, cùm ſine traditione implicet præſcriptio vera. Verùm, ſi generaliter hoc intelligi velis: Vel abſolutè negamus aſſertum; nam quandoque competit Publiciana, quamvis implicet præſcriptio: Caſum habes notabilem ex *l. 12. §. 1. ff. d. t. Is, cui ex Trebelliano reſtituta eſt hæreditas* (ſunt verba textûs) *etiamſi non fuerit nactus poſſeſſionem* (ſi nimirum tantum verbis, vel literis ſit reſtituta) *uti poteſt publicianâ:* Et tamen ejusmodi hæres non poteſt præſcribere, *arg. l. 25. ff. de uſurp. & uſuc.* Vel gratis diſtinguimus, nimirum Publicianam fundari in præſcriptione ficta, non vera; utì igitur ad præſcriptionem veram opus eſt traditione vera, ita ad fictam ſufficiet traditio ficta, ſeu potiùs à jure ſuppleta, ceu ſufficit ad rei vindicationem. Diſſentit poſt alios, *Theſ. Jur. ad d. tit. num. 6.* Dictum fuit in definitione ulterius: *Agit contra illum, qui jure infirmiori poſſidet, l. fin. ff. de publ. in rem act.* vel ſaltem dolô poſſidere deſiit, imitatur enim rei vindicationem, *l. 7. §. 8. ff. eod.* Dicitur autem infirmiori jure poſſidere, qui vel titulo, vel bona fide deſtitutus eſt. Quòdſi uterque habeat jus æquale. melior eſt conditio poſſidentis, *arg. l. 91. §. 3. in fin. ff. de V. O.* Quid, ſi duo ab eodem non dŏmino emerint? Præfertur, cui eſt tradita: Si autem duo eandem rem, ſive ab eodem, ſive à diverſis non dominis ſucceſſivè acceperint, & neuter eorum poſſideat, adeóque agere velint contra tertium, jure infirmiori munitum, erit obſervanda prærogativa temporis, quo res fuit tradita, vid. *l. 9. §. 4. ff. de publ. in rem act.* junctâ *l. 31. §. 2. ff. de A. E. V.* Hic nimis argutus eſt Thomaſ. ad Hub. *h. t. num. 7. in addit. verſ. mihi adhuc*, ubi ait, cæcus ſit, oportet ille, qui contradictionem harum duarum legum non videt: Ulpianus in *d. l. 9. §. 4.* cum Juliano docet, ſi duo ab eodem emerint, præferri, cui res eſt tradita, ſi à diverſis, melio-

liorem eſſe conditionem poſſidentis. Neratius econtrà in *cit. l. 31. §. fin. de A. E. V.* indiſtinctè, adeóque ſive ab eodem, ſive à diverſis non dominis res empta ſit, tenet, eum, cui priùs eſt tradita, præferendum adeóque non erit (uti dicimus) melior conditio poſſidentis. Uterque benè docet, ſi utrumque rectè capias: Ulpianus intelligit, ſi duo Emptores inter ſe agant, melior eſt conditio poſſidentis. Neratius autem ſupponit, ſi contra tertium agant, ubi ſive ab eodem, ſive à diverſis rem acceperint, prior tempore præfertur. Nec officit, quòd in rei vindicatione ſemper præferatur, cui res à vero domino eſt tradita, *l. 15. C. de R. V.* ergo idem etiam erit dicendum indiſtinctè in publiciana. Nam, qui habet rem à vero domino, jam dominus eſt, & ita plus juris habet, quàm quisque alius, qui autem habent à non domino uno, ſeu pluribus, habent jus æquale, conſequenter inter illos melior eſt conditio poſſidentis. *Voët. loc. cit. num. 6.* ubi tamen quoad diſſonantiam *citt. textuum* ejusdem videtur cum Thomaſ. opinionis. Quid, ſi unus titulo oneroſo, alter lucrativo acceperit? Illum iſti præfert Laudat. Voët. *ibid. num. 7.* motus *arg. l. 6. §. 11. ff. quæ in fraud. credit.* Num detur contra hæredem poſſeſſoris? Si defunctus potuiſſet hac actione conveniri (cujus probatio incumbit actori, *arg. l. 2. in fin. ff. pro ſuo)* poterit & hæres; ſi ſecùs? nec hæres erit hac actione conveniendus. Ratio horum eſt, quia titulus pro hærede non eſt novus titulus, ſeu nuda continuatio tituli, quem defunctus, cujus perſonam repræſentat, habuit. Porrò, cùm hæc actio detur contra infirmiori jure poſſidentem, cuilibet planum erit, non competere contra dominum, qui jus habet firmiſſimum: Sunt tamen quidam caſus excepti, ubi dominus hac actione rectè convenitur: *Primus* eſt, ſi rem à non domino emptionis, vel alio ſimili titulo, acceperis, poſtmodum autem eidem dominium ſuperveniat, & fortè ſimul poſſeſſionem nactus ſit, rectè egeris Publiciana, *l. 72. ff. de R. V.* nec poteſt opponere exceptionem, quia allegaret propriam turpitudinem. *Secundus* occurrit, ſi fueris propter præviam contumaciam vicini, qui de damno infecto cavere noluit, ex ſecundo Decreto in poſſeſſionem ædificii ruinam minitantis, *juxta l. 4. §. 1. ff. de damn. infect.* miſſus, illúdque ad dominum pervenerit, hoc remedio juvaberis, *l. 18. §. pen. ff. d. t.* quia etiam verus dominus tibi de damno cavere debuiſſet. *Tertius* ſe offert, ſi tibi agenti ex cauſa damni, ab animali dati, contra bonæ fidei poſſeſſorem animalis, quadrupes illa fuerit adjudicata, & poſtea ad verum dominum pervenerit, poteris ad hanc actionem recurrere, *arg. l. 28. ff. de nox. act.* quia dominus in eadem eſt cauſa, in qua fuit bonæ fidei poſſeſſor condemnatus. *Quartus* eſſe po-

Digitized by Google

teſt, ſi dominus contra bonæ fidei poſſeſſorem egerit, ſed ex defectu probationis reus fuerit abſolutus, res autem, poſtea ad Dominum pervenerit, fiet locus Publicianæ, qua victori ſuccurrendum ob authoritatem rei judicatæ, *l. 24. ff. de except.* Idem dicendum proportionaliter (& erit *Quintus* caſus) ſi quis, deferente domino, rem ſuam eſſe, juraverit, propter authoritatem juramenti, *l. 7. §. 7. ff. de publ. in rem act. D. D. Franz ubi ſuprà num. 7.* *Sextus* reperitur in *l. 31. ex quib. cauſ. maj.* ubi abſenti contra præſcribentem competit hæc actio, ſi, præſcriptione completa, rei poſſeſſionem recuperavit, & rurſus amiſit. *Hub. h. num. 7. verſ. Videamus.* Alium caſum notabilem affert *Voët. ubi ſupra num. 8. ex l. 63. ff. de R. V.* Pone, poſſeſſorem rei vindicatione conventum, cùm rem culpâ amiſerit, præſtitiſſe æſtimationem, in quam alter juraverat: hoc quippe caſu, quamvis dominium ſtricto jure maneat penes priorem dominum, nihilominus tamen æſtimationem ſolventi Publiciana competit contra dominum, ſi res ad eum redièrit; videtur enim, accipiendo æſtimationem, eidem rem vendere, confer. *l. 22. ff. de act. rer. amot. l. 46. & 47. ff. de R. V.* Jam vidiſti, quid ſit, cui, & contra quem, atque in quibus rebus obtineat Actio publiciana. Nec etiam erit ex dictis difficilè colligere, tum quænam actori incumbat probatio (in qua conſiſtit *Forma* hujus actionis) videlicet *Juſti Tituli*, qui ſufficit, eſto errore facti ſubnixus ſit, vid. *l. 7. §. 2. ff. d. t.* Cui non contrariatur *l. 2. §. 16. ff. pro empt.* ubi in eadem facti ſpecie obtinere negatur Publiciana. Nam intelligendum, non obtinere contra ipſum furioſum, qui vendidit, *Hub. ubi ſupra verſ. Caeterùm.* Aliter hos textus conciliat *Cocc. de publ. in rem. act. quæſt. 3.* aitque, emptori competere publicianam titulo generali *pro Suo*, non item ſpeciali *pro emptore*, cùm id in *d. l. 2. §. 16. ff. pro empt.* ſingulariter in uſucapione receptum ſit, adeóque non ulteriùs extendendum. Si placet, ſequere, & illuc omninò vide: Nec non *Traditionis Factæ*: ex parte rei conventi, *Juris infirmioris*: Tum quis ad hanc actionem ſequatur *Effectus*, qui idem proportionaliter eſt, qualis in rei vindicatione, *arg. d. l. 7. §. 8. ff. de publ. in rem act.* Adeóque explicationi ſubjicitur

32 ACTIO RESCISSORIA ex eo ita dicta, quia, ea mediante, reſcinditur uſucapio, & jus amiſſum recuperatur, *l. 35. in fin. ff. de O. & A.* Eſt *Actio Prætoria*, *quâ ille, contra quem ob abſentiam reverà præſcriptum eſt, agit adversùs præſcribentem, ut præſcriptio reſcindatur, & res cum omni cauſa ſibi reſtituatur. arg. §. 5. h. t.*

At, cur reticemus, contra morem hactenus conſuetum, num ſit Realis, vel Perſonalis? Quia de ſe neque realis, neque perſonalis eſt, ſed tantùm qualitas adjectitia actioni principali, à Prætore adjecta: ſi itaque per præſcriptionem ſit amiſſa actio realis, puta rei vindicatio, actio hæc

hæc reſciſſoria erit pariter realis, quam benè baptizabis *Rei vindicationem Reſciſſoriam.* Si econtrà Actio, per præſcriptionem amiſſa, ſit perſonalis, v.g. condictio certi ex mutuo, erit & Actio reſciſſoria Perſonalis, quam in hoc caſu nuncupaveris *Condictionem certi ex mutuo Reſciſſoriam*, adeóque participat hæc Actio eadem prædicata, quibus circumfluit Actio principalis per præſcriptionem amiſſa. Ratio horum eſt, quia Prætor fingit jus, vel actionem amiſſam non eſſe amiſſam, ſed manſiſſe in bonis illius, contra quem reverà præſcriptum eſt, *d. §. 5. b. in verbis: id eſt, ita petere, ut dicat, poſſeſſorem uſu non cepiſſe, & ob id SUAM REM ESSE.* Hinc Cauſa, ex qua hæc Actio proximè deſcendit, eſt quandoque jus *In Re*, quandoque *Ad Rem* pro diverſitate juris per præſcriptionem amiſſi.

Alia Reſtitutoria, alia Inſtitutoria. *Illa* eſt, qua petitur, ut jus, 33
vel res, quam verè habuimus, & per abſentiam amiſſum eſt, reſtituatur. *Iſta*, qua petimus, ut lucrum propter abſentiam amiſſum, ſeu potiùs non acquiſitum reſtituatur. Ut, ecce! legavit quis mihi centum, *ſi mortis ſuæ tempore fuerim hìc Salisburgi*, vel in ſingulos annos, *quamdiu Salisburgi fuero:* debui autem Reipublicæ cauſâ abeſſe: An debebitur mihi legatum? Debebitur *l. 17. §. un. l. 41. & 43. ff. ex quib. cauſ. maj.* dabitúrque Actio Inſtitutoria, quaſi non amiſſa, ſed de novo inſtituta.

Cæterùm dictum fuit in definitione: *Prætoria*, Cauſa, quæ Prætorem ad hanc Actionem movit, eſt rurſus partim Æquitas, partim Neceſſitas. Æquitas, quæ utique ſuadet, ut nemo ſine ſua culpa jus ſuum amittere debeat. Neceſſitas, quia de jure Civili illi, contra quem verè præſcriptum eſt, deficit remedium. Rogabis, cur jura contra abſentem non annullaverint præſcriptionem, cùm melius ſit, intacta jura ſervare, quàm poſt vulneratam cauſam remedium quærere, *l. ult. C. in quib. cauſ. in int. reſt. nec. non eſt?* Quia abſentia eſt tantùm impedimentum aliquod extrinſecum facti, non juris. Dictum fuit: *Qua ille*, intellige Abſentem, *l. 1. §. 1. ff. d. t. d. §. 5. b.* Dabatur quidem jure Digeſtorum etiam præſenti contra abſentem, ſi abſens neque procuratorem reliquerit, neque alius adfuerit, per quem defenderetur, adeóque præſens contra illum agere, & ita præſcriptionem, quam fortè abſens in ſua præſentia inchoavit, interrumpere non potuerit, *l. 21. §. 1. l. 22. princ. & §. 1. ff. d. t.* (a) Jam lege, & de hac hypotheſi intellige Reſponſum Pauli in *l. 39. ff. eod.* Item præſenti contra præſentem fortè pupillum, furioſum, *d. l. 22. §. fin. ff. eod.* Jure Codicis vix eſt (quidquid alii contra

(a) Et hoc procedebat, qualiſcunque fuerit abſentia ſive laudabilis, ſive vituperabilis, quia non poterat alteri eſſe damnoſa *l. 140. ff. de R. J.* adeóque abſens per ſuam abſentiam etiam vituperabilem præſenti, cui, quòd non egerit, imputari nequibat, per ſuam abſentiam præjudicium generare, *arg. l. 74. ff. d. t.*

Digitized by Google

ſentiant) ut ampliùs præſenti detur: poſtquam Juſtinianus in *l. 3. C. de annal. except.* præſenti remediô ordinariô, providit, quo adire poteſt loci judicem, vel Epiſcopum (ſi Judicis copia non detur coram Notario, teſtibus adhibitis) oblatóque libello contra curſum præſcriptionis proteſtari, ſicque illum ſiſtere, ac cauſam ſuam integram ſervare. *Schamb. h. verſ. Dixi olim.* adeóque ſibi imputet, quòd neglexerit remedium ordinarium. *Non enim negligentibus ſubvenitur*, eſt ſaluberimum effatum Pauli in *l. 16. ff. ex quib. cauſ. maj.*) *ſed neceſſitate rerum impeditis.* Paulò pòſt; *ut ita demum reſtituat* (Prætor) *ſi non negligentiâ, ſed temporis anguſtiâ non potuerunt litem conteſtari.* Accedit, quòd per hoc remedium id ipſum obtineat, quod per actionem Reſciſſoriam, nempe, ne uſucapio noceat. Imò dices, plus obtinere per Reſciſſoriam, nempe ipſam rem præſcriptam. Verùm effare etiam, quando rem obtineat: Nónne primùm poſt abſentiam? Ita eſt, ais. Et nos replicamus, ſuppoſito, quòd præſens uſus fuerit remedio, *d. l. 2.* ceſſante abſentia, utique habet priorem actionem ordinariam, utpote nondum præſcriptam. Adeóque decipiunt, qui docent, Reſciſſoriam eſſe pinguiorem, ſimúlque ineptè allegant inſtantiam de immiſſione in bona ex primo decreto, quam præſens obtinere poteſt, *d. l. 21. §. 2. ff. ex quib. cauſ. maj.* nec tamen impedit Reſciſſoriam. Nam hæc immiſſio non interrumpit, veluti remedium *d. l. 2.* præſcriptionem. Dictum fuit: ob *Abſentiam.*

34 Eſt autem Abſentia multiplex. Alia nempe *Ordinaria*, quà quis ordinariè abeſt, ſic civis Salisburgenſis ordinariè Viennâ abeſt: quæ huc non ſpectat, cùm aliundè in hac abſentia ſit tempus præſcriptionis duplicatum, neque etiam inopinatè, veluti extraordinaria, ut prævideri non potuerit, ſuperveniat. Alia *Extraordinaria*, quâ quis per accidens abeſt, ùt, ſi civis Salisburgenſis Salisburgô abſit. Et hæc rurſus Alia eſt *Magiſtratûs*, ſi nimirum ille abſit, Alia *Partium*, ſi partes abſint. Ac denuò utraque vel *Vera*, quæ de ſe patet, vel *Interpretativa*, ſeu *Ficta*, quando quis præſens quidem eſt, ſed juris interpretatione habetur pro abſente, ùt ſi Magiſtratus non faciat ſui copiam, vel partes adhuc ſint in ætate pupillari, aut in furore verſentur, *l. 2. §. 3. ff. de jur. Codic. l. 124. ff. de R. J.* Alia iterum *Neceſſaria*, quando quis urgente neceſſitate. Alia *Voluntaria*, quando ex libera voluntate, ac ſponte abeſt: Utraque denuò vel *Laudabilis*, quæ laudem, vel *Vituperabilis*, quæ vituperium meretur, vel *Indifferens*, quæ nec laude, nec vituperio digna eſt. Neceſſaria-Laudabilis dicitur, ſi Reipublicæ causâ quis abſit, ùt Legati, vid. *l. 33. 34. & 35. per tot. ff. ex quib. cauſ. maj.* Neceſſaria-Vituperabilis vocatur in deportatis, bannitis, ùt de ſe patet. Neceſſaria-Indifferens reputatur in captis ab hoſtibus, vel latronibus, vel iis, qui

qui

longa intemperie, aut contagione impediti, ſeu detenti (ex negotio tamen privato) abſunt, conſul. *l. 38. §. un. ff. d. t.* Exemplum Voluntariæ-Laudabilis habetur in iis, qui ſtudiorum, morúmque excolendorum, aut militiæ causâ abſunt, *l. 28. pr. ff. eod.* Voluntariæ-Vituperabilis, in iis, qui ob debita, vel delicta contumaciter latitant. Voluntariæ-Indifferentis reſpectu illorum, qui ob negotia privata, propriíque auri gratiâ, ùt faciunt mercatores, abſunt, *arg. l. 42. ff. d. t. Schamb. ad d. §. 5. b. verſ. Cùm ſæpiùs.* His præmiſſis

Scire cupis, quænam abſentia reſciſſioni locum faciat: Paucis cape: Uti abſentia Magiſtratûs ſive Vera, ſive Interpretativa viam aperit reſciſſioni, vid. *l. 26. §. 4. ff. d. t.* ita & Partium, ſi fuerit vera (nam interpretativa v. g. in pupillis minorennibus facit præſcriptionem dormire) & Laudabilis, aut etiam Indifferens ſive neceſſaria, ſive voluntaria; Illa quidem indiſtinctè, adeóque, etſi abſens procuratorem reliquerit, (a) reſciſſionis cauſam præbet, *vid. l. 9. l. 15. d. l. 26. §. fin. ff. d. t.* Iſta nempe voluntaria, ſi ſit indifferens (nam laudabilis probabiliter gaudet eâdem prærogativâ, quâ neceſſaria, *arg. l. 14. C. de advoc. diverſ. judicior.*) non aliter reſciſſionem parit, quàm, ſi procuratorem relinquere non potuerit, vel conſtituerit, ſed ille mortuus, aut negligens fuerit, ita, ut ab illo abſens ſuum conſequi non poſſit, *arg. l. 28. pr. ff. eod.* ubi tamen advertas velim, cauſam ſtudiorum à JCto *ibid.* allegari exempli locò pro cauſa reſtitutionis juſta, non autem eo ſenſu, ac ſi tunc primùm ſtudiorum causâ abſenti daretur reſtitutio, ſi procuratorem conſtituerit, & ille fuerit defunctus; nam hoc immediatè, quæ mox aſſeruimus, everteret. (b) Abſentia vituperabilis reſtitutionis auxilium regulariter non me-

(a) Obſtare huic aſſerto videtur *d. l. 1. §. 1. l. 21. pr.* ibi: *CUM ABSENS NON DEFENDERETUR. l. 22. pr.* ibi: *Non aliter hoc Edictum locum habebit, quàm ſi ejus amici INTERROGATI FUERINT, AN DEFENDANT,* aut *SI NEMO SIT, QUI INTERROGARI POTEST. ff. d. t.* Ex quibus apparet, non habere locum Edictum, ſi procuratorem reliquerit. Miror viros doctos his textibus moveri, cùm loquantur de Jure veteri, ubi etiam præſenti dabatur reſtitutio contra abſentem, quæ tamen ceſſabat, caſu quo abſens procuratorem reliquerit; ſibi enim imputet præſens, quòd contra abſentis defenſorem non egerit Sanè noſtra ſententia decisa dudum eſt ab Ulpiano in *d. l. 26. §. fin. ff. eod.* in verbis: SIVE HABUIT PROCURATOREM, SIVE NON.

(b) Neque dicas, nunquam dari reſtitutionem, niſi fuerit abſentia Reipublicæ causâ, uti apertè colligitur ex *l. 4. 5. 36. 37. 40. & 42. ff. d. t.* conſequenter de aliis abſentiis diſcurſus eſt fruſtraneus: Nam egregiè falleris, ceu patet ex textibus paſſim allegatis, quibus non obſtant Leges in contrarium adductæ, quæ tantùm explicant, quando ſit abſentia Reipublicæ causâ, à qua ad alias abſentias certè non eſt faciendum argumentum, cùm illa his ſit favorabilior. Unde non ſequitur: in hoc caſu non eſt abſentia Reipublicæ causâ; & hinc exinde non competit reſtitutio: ergo propter alias nunquam datur reſtitutio.

Digitized by Google

meretur, *l. 14. ff. d. t.* dum fruſtra legum implorat auxilium, qui contra eas committit, *arg. l. 37. in fin. ff. de min.* & quidem, ſi fuerit voluntaria nunquam, vid. textus notabilis in *l. 2. §. 8. ff. ſi quis caut. in jud. ſiſt. cauſ. fact.* Si fuerit neceſſaria, nec potuerit abſens procuratorem conſtituere, vel ab eo defendi, causâ cognitâ juvabitur, *l. 26. §. 1. l. 40. §. un. ff. ex quib. cauſ. maj.* Illud hic ulteriùs notâ dignum eſt, præter abſentiam alias dari cauſas reſciſſionis, uti intelligere ſatis datur, tum à Triboniano in *d. §. 5. b.* cum ab Ulpiano ex verbis Edicti in *l. 1. §. 1. ff. ex quib. cauſ. maj.* quas tamen remittimus ad Digeſta, & ulteriùs ad explanandam definitionem provehimur; in qua dictum fuit ulteriùs: *Revera præſcriptum eſt*, ſi enim præſcriptio nondum ſit completa, non eſt in jure adhuc læſus, cùm ei, qui abfuit, competat adhuc remedium ordinarium, videlicet actio nondum amiſſa. Dictum fuit: *Agit.* Sed, quamdiu agere poteſt? Jure veteri erat præſcriptus annus utilis, *l. 1. §. 1. ff. d. t. §. 5. b.* Jure novo, ſi agatur ex capite abſentiæ, vel ætatis, eſt quadriennium utile, quatenus non ſtatim incipit currere à tempore læſionis emergentis, fortè completæ præſcriptionis, ſed à tempore ceſſantis impedimenti, nimirum reditûs, aut minorennis ætatis, ita, ut ibi, nulla habita ratione ignorantiæ (licèt aliis contrarium placeat) currere incipiat, *vid. l. ult. C. de temp. in int. reſt.* & dicta *tit. de præſcript. in fin.* Jungatur Cocc. *ex quib. cauſ. maj. quæſt. 3. & 4.* Quæri ſolet, num idem ſit tempus inſtituendæ, atque finiendæ. Multi, præſertim ii, qui duplex judicium, de quo mox infrà, adſtruunt (licèt non omnes) docent reſcindens durare quadrienniô, reſciſſoriū verò annô: Alii reſciſſorio illud tempus tribuunt, quod competebat actioni ordinariæ, nempè amiſſæ. Nos cum D. D. Franz *loc. ſuprà cit. num. 58.* ope diſtinctionis rem componimus. Si abſens læſus ſit per abſentiam integro quadriennio, tunc debet intra quadriennium inſtitui, & inſtituta intra quadriennium finiri, ita colligimus ex *l. pen. & ult. C. de temp. in int. reſt.* Quòd ſi non ſit læſus in toto quadriennio, ſed tempore fortè breviori, pone anno, menſe, ſeptimana, tunc datur illud tempus, in quo læſus eſt (nunquam tamen ultra quadriennium) ad inſtituendam, ad inſtitutam verò finiendam adhuc quadriennium. Fac, Titium, contra me præſentem, poſſediſſe domum per novem annos, me autem Reipublicæ causâ ultimô annô abfuiſſe, adeóque in anno tantùm propter abſentiam fuiſſe læſum: hic rediens debeo intra annum actionem inſtituere, & inſtitutam intra quadriennium (quantum in me erit) finire. Ratio prioris eſt, quia in tantum reſtituor, in quantum fui læſus. Ratio poſterioris eſt, quia ad finiendam indiſtinctè quadriennium præfixum eſt; tempus enim, quod aliàs erat inſtituendæ, fortè quandoque tantùm menſis, ſeptimana, vel dies, ad finien-

dam

Digitized by Google

dam non ſufficeret. Dictum fuit: *Adversùs ipſum præſcribentem*, ſive dein præſens, ſive & ipſe abſens fuerit, & in abſentia præſcripſerit, *l. fin. ff. eod.* Dictum fuit, *ut præſcriptio reſcindatur &c.* Inde relucet *Effectus* 3 hujus actionis, qua & præſcriptio reſcinditur, & res præſcripta cum omni cauſa repetitur. Verùm hic latet difficultas ſilentio haud quaquam involvenda, ne dubia pro planis venditemus. Sunt enim, uti videre eſt apud Clariſſ. D.D.Franz *p.m. ad h. tit. ſæpè cit. p. 5. ſect. 5. n. 2. & ſeqq.* qui contendunt, antequam perveniatur ad Actionem Reſciſſoriam, qua res præſcripta repetitur, debere priùs præcedere judicium reſcindens, quo præſcriptio, causâ cognitâ, reſcindatur. Fundamentum in eo potiſſimùm locare ſolent, quòd Actio Reſciſſoria juxta *d. §. 5. h. & l. 35. ff. de O. & A.* competat, *reſciſſa uſucapione*, id eſt, reſciſſa priùs uſucapione, & in *l. ult. C. quib. ex cauſ. maj. Reſtitutis in integrum* dari dicatur, conſequenter ſupponat, præceſſiſſe reſtitutionem in integrum. Accedit, quòd judicium Reſcindens peragatur coram Prætore, Reſciſſorium verò coram Judice Pedaneo. Aſt, cùm etiam ſana Philoſophia juridica abhorreat ſuperflua, non occurrit, cur à noſtra opinione, quam mox declaravimus, & nobiſcum defendunt poſt alios *cit. D.D. Franz ubi ſupra, Vinn. ad §. 5. h. num. 5.* recedamus; ſed eam potiùs ita firmamus. Haud dubiè in *d. §. 5.* agitur de Actione Reſciſſoria. Sed per hanc ipſam petitur, ut præſcriptio reſcindatur: Dicit enim Actor, poſſeſſorem uſu non cepiſſe, & ob id ſuam rem eſſe. Jam, ſi ſupponeretur, præſcriptionem antea fuiſſe reſciſſam, ſimpliciter diceret, ſe eſſe dominum, eique daretur rei vindicatio pura, cujus alia eſt formula: Dic, amabo! Cur vocatur reſciſſoria? cur annô (hodie quadrienniô) finitur, niſi, quia reſcindit (adeóque non ſupponit jam reſciſſum) actum Jure Civili validum, *d. l. 35. ff. de O. & A.?* Sanè juxta hanc ſententiam judicium reſcindens non reſciſſorium deberet eſſe annale, quia illud, non hoc actum Jure Civili validum reſcinderet, cùm tamen è contrario patroni hujus ſententiæ communiter admittant, illud priùs quadrienniô primùm abſolvi, ùt mox vidimus. Illud lubentes dabimus, fieri in libello duplicem mentionem, ut nimirum præſcriptio reſcindatur, & res reſtituatur: Hinc eſt, quòd dicatur dari, *reſciſſa uſucapione*, atque *reſtitutis in integrum* cauſaliter nimirum, ſeu effectivè, quatenus cauſat reſciſſionem, & operatur reſtitutionem in integrum: non autem præſuppoſitivè, ac ſi judicium reſcindens ſupponeret. Modus ille procedendi apud Romanos uſitatus coram Prætore, & Judice nunquam importat duplicem actionem, ſeu duplex judicium, aliàs in omnibus cauſis opus eſſet duplici actione, ac libello, quod nemo ſomniavit hactenus. Diſtinctiùs,

Digitized by Google

& ſpecialiùs hanc differentiam judicii Reſcindentis, & Reſciſſorii recipit, ac defendit *Cocc. Integ. de his judiciis Diſſ.* (eſt in Thom. *1.28.*) quem etiam, uti ſolet, ſecutus eſt Filius, *ad ff. tit. quod met. cauſ. quæſt. 3.* Intereſſe, ajunt, Pater, & Filius, utrùm res, putà dolo, metu, vel tempore amiſſa ſit, num Actio: Si prius? idem eſt utrumque judicium, quia immediatum objectum res eſt, quam uno judicio conſequimur. Fac, me fuiſſe metu adactum ad donandum equum Cajo (idem proportionaliter dicendum, ſi equus præſcriptione ob abſentiam ſit amiſſus) hic eſt unica Actio, *quod metûs causâ*, qua contractus reſcinditur, & equus petitur: Quod tamen *ibid. ſect. 2. Th. 3.* rurſus procedere, ait *Cocc. Pater*, ſi Actor, uti poteſt, actionem in rem non elegerit, adducitque in hanc rem *l. 9. §. 4. & 6. ff. quod met. cauſ. & l. 13. §. 3. ff. de min.* Fac econtrà, me dolo, vel metu actionem fortè empti-venditi donando, vel cedendo amiſiſſe; hic utique, ait, aliud eſt judicium reſcindens, nempe actio doli, vel metûs, & aliud reſciſſorium, nimirum ipſa actio empti-venditi amiſſa tanquam objectum judicii reſcindentis: ſicut in priori caſu, aliud eſt actio, quod metûs causâ, aliud equus, qui hac actione petitur. Idque magis corroborat ex *d. l. 9. §. pen.* in verbis: *reſtituenda erit in priſtinum ſtatum obligatio. ff. quod met. cauſ. junctâ l. 21. §. 4. ff. d. t.* videantur plura *ibid. cit. ſect. 3.* Quæ tamen omnia, utùt apparenter ſpeciem veri præſeferant, aliud tamen non probant, quàm quòd, ſive res, ſive actio amiſſa ſit, detur actori electio, num velit agere judicio extraordinario in perſonam, metum fortè inferentem, vel ordinario ad ipſam rem conſequendam. Quòd autem dicatur, aliud eſſe actionem ex dolo, vel metu, aliud actionem amiſſam empti-venditi, vana ſubtilitas eſt: Nam pone, me habuiſſe contra te actionem empti-venditi ad domum petendam, atque fuiſſe dolo inductum, vel metu adactum ad illam remittendam: ago judicio reſciſſorio, *quod metus cauſa* non ſimpliciter, ut mihi actio venditi, ſed, ùt ipſum objectum, nempe domus, ac ſi actio non fuiſſet remiſſa, reſtituatur, hoc enim eſt principale meæ intentionis objectum. Fac, propiùs ad noſtrum intentum, Te contra me Reipublicæ causâ abſentem uſucepiſſe domum, & actioni ex mutuo ad mille, quæ mihi debueras, præſcripſiſſe. Quando revertor, inſtituo duas actiones reſciſſorias, & non, ut actio, ibi nempe Rei-Vindicatio, hic Condictio ex mutuo, ſed, ut ipſa domus reſtituatur, & mille ſolvantur, *arg. d. l. 9. §. pen. ff. quod met. cauſ.* reſpectu domûs erit *Rei-vindicatio-reſciſſoria*, reſpectu debiti erit *Condictio ex mutuo-reſciſſoria.* Vide-ſis notabiliter *l. 18. C. de poſtlim. rev.* ubi ſive res, ſive actio per præſcriptionem amiſſa ſit, tantùm fit mentio actionis reſciſſoriæ intra annum inſtituendæ. Addatur *Titius in Theſ. Jur. ad d. t. num. 27.*

§. II.

Digitized by Google

§. II.

De Actione Pauliana.

ACtioni Reſciſſoriæ non adeò eſt abſimilis Pauliana, quatenus, ſicut in illa reſcinditur uſucapio, fingitúrque, jus amiſſum manſiſſe penes priorem dominum, ita ſimiliter in iſta reſcinditur alienatio in fraudem creditorum facta, habetúrque, ac ſi jus nunquam in alterum fuiſſet translatum, ſed penès debitorem alienantem remanſiſſet. Eſt itaque Pauliana, *Actio Prætoria, qua res in fraudem creditorum alienatæ revocantur.* Hìc in limine jam

Subſiſtendum. Utrùm ſit Realis, num Perſonalis. Poſterius 36
aſſerit poſt Vinn. ad *§. 6. b. num. 2. & alios ibid. D. D. Franz eod. part. 5. ſect. 6. num. 3.* Prius affirmat *Schamb. d. t. verſ. Dicitur realis. Hopp. ibid.* Nos utramque ſententiam pro caſuum diverſitate recipimus, & ad exemplum Reſciſſoriæ, quandoque Realem, quandoque Perſonalem pro varietate juris amiſſi contendimus. Eadem enim eſt formula Actionis Paulianæ in *§. 6. b.* quæ Reſciſſoriæ in *§. 5. eod.* ait in illo Tribonianus: *Ex ſententia Præſidis permittitur ipſis creditoribus reſciſſâ traditione eam rem petere, id eſt dicere. NB. eam rem traditam non eſſe, & OB ID IN BONIS DEBITORIS MANSISSE.* Repetimus pariter formulam *d. §. 5. tunc intra annum reſciſſâ uſucapione eam* (rem) *petere, id eſt, ita petere, ut dicat, poſſeſſorem uſu non cepiſſe, & OB ID SUAM REM ESSE.* Admittit quidem *Voët. ff. quæ in fraud. creditor. num. 12.* actionem, de qua in *d. §. 6.* ſermo eſt, realem eſſe, cùm ſit actio reſciſſoria alienationis poſt decretum immiſſionis, quo creditores nanciſcuntur jus in Re prætorium, factæ; ſed illam, ait, non eſſe Paulianam, quia hæc datur ad res, etiam ante imiſſionem fraudulenter alienatas. (a) Verùm, quoniam hæc ſententia gratis ſupponit, textum eſſe intelligendum de alienatione poſt immiſſionem facta, cùm illa verba: *bonis ejus à creditoribus poſſeſſis*, non ad præcedentia, ſed ſubſequentia, ſint trahenda, ita, ut ſenſus ſit, actionem Paulianam primùm dari, ex dicendis, poſt factam immiſſionem: Jam

Ddd 2 ad

(a) Celeberrimus Voët, *ff. quæ in fraud. credit. num. 1.* triplex ſtatuit remedium ad revocanda alienata in fraudem creditorum, ACTIONEM nempe RESCISSORIAM, quam competere, ait, in bonis poſt immiſſionem alienatis, fundatúrque in pignore prætorio, ita, ut quamdam ſimilitudinem cum hypothecaria obtineat, ſitque realis, & ideo competat, eſto non probetur fraus accipientis: Et de hac tractari exiſtimat in *d. §. 6. b. t.* PAULIANAM, quæ competit quoad bona ante immiſſionem in fraudem creditorum diſtracta, hinc probanda eſt fraus etiam accipientis, cum nullam ſup-

Digitized by Google

ad noſtrum argumentum, ſeu paritatem revertimur: veluti igitur Reſciſſoria ex hoc capite Realis eſt, ſi fuit per præſcriptionem amiſſum jus in re, & perſonalis, ſi jus ad rem, ita id ipſum erit dicendum de Pauliana; ſiquidem, ceu abſens ſe fundat in jure priùs habito, tamquam nunquam amiſſo, ita & creditores contendunt jus, quod debitor habuit, non eſſe amiſſum, adeóque penes illum, veluti priùs fuit, manſiſſe. Verùm hic inſurges cum iis, qui indiſtinctè perſonalem volunt, dicens, creditores ſe nullatenus fundare in jure debitoris, ſed potiùs in ejus improbitate, ſeu fraude, *l. 1. pr. & §. 1. l. 9. l. 10. pr. & §. 2. ff. quæ in fraud. credit.* Aliunde autem conſtat, actiones ex delicto ortas, eſſe perſonales. Dicis hoc, ſed contra formulam à Prætore, teſte Triboniano *in d. §. 6. b.* præſcriptam. Non equidem negamus, allegandam, & probandam eſſe fraudem, ſed tantùm per modum conditionis, ùt vocamus, ſine qua non: primarium autem fundamentũ actoris eſt, jus manſiſſe penès debitorem, atque in eo juxta allegatam formulam principaliter ſe fundat. Deduces ulteriùs contra noſtram ſententiam, paritatem ab Actione Faviana, qua Patronus liberto ex teſtamento ſuccedens, & Calviſiana, qua Patronus liberto ab inteſtato ſuccedens, res in ſui fraudem alienatas revocat, *vid. l. 3. §. 2. & 3. ſi quid in fraud. patron.* ac perſonales ſunt, *l. 1. §. 26. ff. d. t.* ergo & Pauliana, quia iis æquiparatur, *l. 38. §. 4. ff. de uſufruct.* At illa æquiparatio non eſt abſoluta, ſed reſpectiva, quatenus in utraque fructus reſtituendi ſunt. Cæterùm ſufficiens diſcrimen in eo elucet, quòd nullibi legatur, Patronum fundare ſe in dominio liberti, vel res penès illum manſiſſe, uti hoc præſcribitur in Pauliana. Accedit, quòd hæc ſupponat immiſſionem in bona debitoris, *d. §. 6. b. t.* ibi: *bonis ejus à creditoribus poſſeſſis*, unde faciliùs emutuatur fundamentum dominii, ſeu alterius juris in re ficti: Non etiam illæ. Quòd ſi exiſtimes, actionem, quæ datur ad bona poſt Decretum immiſſionis alienata revocanda, non eſſe Paulianam, ſed Servianam quaſi talem ex pignore prætorio or-

ſupponat immiſſionem, ſeu pignus, & INTERDICTUM, de quo agitur in *l. 10. pr. ff. quæ in fraud. credit.* quod vocatur defraudatorium in *l. 67. §. 2. ff. ad SCtum Trebell. l. 96. pr. ff. de ſolut.* Voëtio favet Colleg. Argentorat. *d. t. num. 2.* ubi notatur, Paulianâ revocari dominium. *l. 14. ff. quæ in fraud. cred.* Interdictio verò poſſeſſionem. Verùm, pace tanti viri de Juriſprudentia optimè meriti, liceat unica actione eſſe contentos. Siquidem actionem ex *§. 6. b. t.* tantùm dari quoad bona poſt immiſſionem alienata, fundatur, ùt mox videbimus, in falſo ſuppoſito: *l. 1. pr. & §. 1. l. 10. pr.* & paſſim in *tot. hoc tit.* loquuntur generaliter de alienatione in fraudem creditòrum facta, & nullibi fit mentio duplicis, vel triplicis remedii; unde obtinebis vulgatum illud: entia non eſſe multiplicanda ſine neceſſitate.

Digitized by Google

ortam, *l.ult. C. de prætor. pig.* quæ haud dubiè realis eſt; Extra rhombum ſaltas; Nam Actio Pauliana non tantùm bona poſt Decretum immiſſionis, veluti actio ex *d. l. ult. Cod. de prætor. pig.* ſed omnia, ſive ante- ſive poſt Decretum, dummodo poſt concurſum, aut per gratificationem, vel fraudem alienata ſint, reſpicit, *Hub. b. num. 9.* Neque idem eſt: Actio Pauliana primùm poſt Decretum immiſſionis competit; Et competit ad bona tantùm poſt immiſſionis Decretum alienata: Prius equidem, ex mox dicendis, verum eſt: non item poſterius, cùm actio Pauliana frequentior ſit, quàm ejusmodi alienationes poſt immiſſionem, ubi adminiſtratio jam eſt adempta, factæ. Dices *cum Vinn. loc. cit.* Actionem hanc non dari contra quemcunque poſſeſſorem ex mox dicendis, quod tamen proprium eſt actionis realis: Sed perpendere debuiſſet vir celeberrimus; non eſſe proprium quartô modô, uti admittere ipſemet debet in publiciana, quæ tantùm datur contra infirmiori jure poſſidentem, & in petitione hæreditatis tantùm contra illum, qui pro hærede, vel poſſeſſore poſſidet, competente. Illud nobis planè non obſtat, quòd Actio Pauliana dicatur Actio in factum, *l. 10. princ. §. 2. 3. & paſſim ff. quæ in fraud. cred.* nam vel intelligendum, quà perſonalis eſt, in quo ſenſu eadem prædicata habet, quæ alia actio perſonalis, atque tamdiu competit, quamdiu actio remiſſa duràſſet, *d. l. 10. §. 23. ff. d. t. jungatur §. fin. d. l. 10.* ubi hæredibus, & contra hæredes dari dicitur: Vel dici poteſt, omnes Actiones Prætorias, prout Civilibus opponuntur, actiones in factum nuncupari. Reliqua prædicata hujus actionis ſunt, quòd ſit Prætoria, Rei perſecutoria, Annalis, quia reſcindit actum jure civili validum: Incipit autem annus currere à tempore, ſeu die excuſſionis, factæve venditionis, quò nimirum experiendi facultas competit, *l. 1. pr. l. 6. §. ult. l. 10. pr. & §. 18. ff. eod.* Poſt annum non datur, niſi ad id, quo alteri in lucro ſupereſt, *d. l. 10. §. penult. ff. d. t.* Si, quæ diximus, benè perpenderis, non quæſiêris, utrùm ſit bonæ fidei, vel ſtricti juris, an arbitraria, cùm ſit qualitas adjecta actioni principali, adeóque ejusdem prædicata participet: unde, ſi ſit amiſſa rei vindicatio, erit Rei vindicatio Pauliana, conſequenter arbitraria, ſi condictio ex mutuo erit condictio ex mutuo Pauliana, conſequenter ſtricti juris, & ſic de reliquis. Huic actioni, ùt prioribus, occaſionem præbuit tum Æquitas naturalis, tum Neceſſitas, quâ Prætor (en Cauſa *Effectiva Remota*) motus creditoribus ſuccurrere voluit: *Æquitas*, quæ utique poſtulat, ut præferantur illi, qui vel certant de damno vitando, vel ſunt in bona fide, iis, qui certant de lucro captando, vel ſaltem fraudis ſunt participes. *Neceſſitas*, quam agnovit Ulpianus in *d. l. 1. §. 1. ff.*

 eod.

eod. quoniam de Jure Civili, quo alienatio in fraudem creditorum à debitore, utpote à domino facta, valet, *arg. l. 26. in fin. ff. de contr. empt. vend.* non ſuppeteret remedium. Proximè oritur hæc actio (& hæc eſt Cauſa *Efficiens Proxima*) vel ex jure in re, vel ad rem, quod per alienationem reverà amiſſum fingitur manſiſſe penès debitorem. Datur creditoribus, in quorum fraudem res alienatæ ſunt, *d. §. 6. h.* ex quacunque demum cauſa iis debeatur; ita, ut probabiliùs neque excludantur creditores hypothecarii, quibus, licèt competat remedium ordinarium, videlicet actio Hypothecaria, ſeu Serviana, accidere tamen poteſt, ut, vel quoad executionem, vel quoad modum probandi, Pauliana ſit facilior. *Hopp. h. ad §. 6.* Dixi notanter: *In quorum fraudem &c.* Conſequenter, eſto non regulariter, quandoque tamen etiam creditores futuri erunt audiendi, ſi probare poſſint, quòd intuitu illorum alienatio fraudulenter facta ſit, *arg. l. 14. §. pen. ff. qui & à quib. manum.* vel prioribus creditoribus ſucceſſerint, vid. *d. l. 10. §. 1. & l. 16. ff. quæ in fraud. cred.* Num curatori bonorum hæc actio competat? Id, quod negandum, quia, eſto à creditoribus petitus ſit, magis tamen perſonam debitoris, quam creditorum repræſentat; Hinc ei (non creditoribus) & in eum actiones dantur, quæ ipſi debitori, vel contra competunt, *l. 2. §. 1. ff. de curat. bonis dand.* cùm autem, uti obſervat *Hub. ff. quæ in fraud. credit. num. 3.* plus commercii habeat cum creditoribus, quàm debitore, qui plerumque latitat, rectè facturi ſunt (& plerumque fit) ſi mandatum ad fraudulenter alienata revocandum impertiantur, quo ſuppoſito, res benè ſe habet cum Edicto Prætoris in *l. 1. pr. ff. d. t.* ibi: *de his Curatori bonorum &c.* Datur contra illos, in quos res in fraudem creditorum translatæ ſunt, & quidem, ſi titulô lucrativô poſſideant, indiſtinctè, ſive fuerint fraudis participes, ſive non, *l. 6. §. 11. ff. eod.* Si verò oneroſo, non aliter, quàm, ſi fraudis fuerint participes, vid. *l. 10. §. 2. 3. & 5. junctâ d. l. 6. §. 10. ff. d. t.* quia in pari cauſa, ubi uterque certat de damno vitando, melior eſt conditio poſſidentis. *Voët. ff. d. t. num. 5.* Excipe ignorantiam pupilli, quæ, ſicut ei non prodeſt, ita creditoribus non nocet, *d. l. 6. §. 10.* Datur inſuper contra illum, qui dolô deſiit poſſidere, vid. *l. 9. & l. 14. ff. d. t.* quia in toto jure pro poſſeſſore habetur, *l. 131. ff. de R. J.*

37 Quotidiana occurrit in proceſſibus Edictalibus controverſia, utrùm hæc Actio competat adversùs creditorem, qui ſibi invigilavit, & ſolutionem obtinuit? Practica eſt diſtinctio, qua prævivit Ulpianus in *d. l. 6. §. 7.* Num ſibi vigilaverit ante concurſum, ac bonis à creditoribus nondum poſſeſſis (aut ſaltem pluribus, actu nondum inſtantibus, vid.

Digitized by Google

vid. *l. 6. §. 2. ff. de reb. auth. jud. poſſ.*) vel poſt? Si hoc? ſoluta revocantur. Idem dicendum, ſi pignus in vetus debitum acquiſiverit, *d. l. 10. §. 13. ff. eod.* nam moto concurſu bona omnia ſunt communia. *Hopp. ubi ſuprà.* Videtur quidem huic deciſioni contradicere Scævola in *l. 24. ff. d. t.* ubi, eſto bona eò devenerint, ut venirent, ſolutio facta non revocatur, ibi: *ſi in eo eſſent, ut bona debitoris mei venirent.* At, iſta verba non indicant immiſſionem jam factam, eique proximam venditionem, ſed tantùm imminentem ſtatum debitoris obærati, ita, ut nihil deſit, niſi Decretum immiſſionis ad inſtantiam creditorum faciendæ, *Voët. ff. d. t. num. 17.* Si priùs obtinet illud ex Scævola in *d. l. 24. ff. d. t.* Jura vigilantibus ſcripta ſunt. Nec enim fraudulenter agit, qui ſuum recipit, nec alter fraudulenter ſolvit, cùm ad hoc officiô Judicis cogi poſſit, vid. *d. l. 6. §. 6. ff. eod.* Id, quod procedit, eſto ægrè ſolutionem extorſerit, *arg. d. l. 24.* Imò, eſto auffugienti, & pecuniam ſecum ferenti abſtulerit, *d. l. 10. §. 16. ff. d. t.* in qua hypotheſi poterit etiam ſibi de pignore in vetus debitum ſine metu Edicti Pauliani invigilare, ſi enim poteſt ſibi de ſolutione vigilare, cur non etiam de ſecuritate? *arg. l. 22. ff. d. t. Laud. Voët. loc. cit. num. 18.* Reſtringe tamen iſta ad creditores pari jure gaudentes; nam creditoribus hypothecariis prioribus intempeſtiva hæc vigilantia poſteriorum, multò minùs creditorum ſimplicium, præſertim in ipſa re hypothecata, haud quaquam nocebit, *arg. l. 3. ff. quod cum eo, qui in alien. poſt.* Num detur ad revocandam dotem in fraudem creditorum conſtitutam? Contra filiam (id eſt ſolutô matrimoniô) datur indiſtinctè, quamvis fraudis ignaram. Nec obſtat, quòd non detur Faviana, aut Calviſiana, *l. 1. §. 10. ff. ſi quid in fraud. patr.* Nam Patronus ratione ſucceſſionis ſibi debitæ non eſt verus creditor, adeóque patris pietas erga filium prævalet juri patronatûs, *arg. d. l. 1. §. 2. ff. d. t.* Contra maritum (id eſt, durante matrimonio) non aliter competit, quàm ſi doli conſcius fuerit, *l. ult. §. 1. ff. d. t.* Ratio diverſitatis eſt, quia illa cenſetur poſſidere titulô lucrativô: Hic oneroſo, *arg. l. 20. C. de jur. dot. & l. 13. C. de neg. geſt.* Num competet contra ipſum debitorem? Haud dubiè *d. l. 1. in fin. princ. ff. eod.* Sed ad quid, cùm bona per immiſſionem ei jam ſint ablata? Ad pœnam vel incarcerationis, vel aliam; juxta illud: qui non habet in ære, luat in cute. Porrò ex dictis haud difficulter deducitur, ut obtineat hæc Actio, opus eſſe, ut probetur, alienationem in fraudem creditorum præceſſiſſe, *§. 6. h.* ſæpè *cit. l. 1. pr. l. 2. 3. 4. 5. & paſſim ff. quæ in fraud. cred.* Nec ſufficit fraus conſilii, id eſt animus defraudandi, ſed neceſſaria eſt fraus eventûs, id eſt, ut actu creditores fuerint defraudati,

d. l.

d. l. 10. §. 1. l. 15. ff. d. t. Limita in actibus ultimæ voluntatis, ubi ſufficit, ſi creditores actu fuerint defraudati, quamvis non adfuerit animus defraudandi: quia relicta per actus ultimæ voluntatis non debentur, niſi deducto ære alieno, *§. fin. de Leg. Falc. l. 1. §. 17. ff. ad SC. Trebell.* Nec ſufficit, ſi debitor animum defraudandi foverit, ſed id ipſum requiritur in eo, in quem alienatio facta eſt, ſi poſſideat titulô onerosô, ſecùs, ſi lucrativô, juxta dicta ſuperiùs. Sed quomodo fraus, utpote in animo conſiſtens, probari poterit? Per circumſtantias fortè, quòd alienatio denunciationem, ne fiat, ſecuta ſit, *d. l. 10. §. 3. ff. quæ in fraud. credit.* ſi clam, ſi viliori pretio, ſi mox ante concurſum, vel per gratificationem, aliis nempe inſtantibus, de quo vid. *d. l. 6. ff. de reb. auth. jud. poſſ.* facta ſit: Alias præſumptiones allegat *D. D. Franz ubi ſupra num. 34.* Quoniam verò, num actu ſint defraudati, ante immiſſionem in bona, eorúmque venditionem, ſeu ſubhaſtationem, conſtare non poteſt, debet præceſſiſſe immiſſio, atque bonorum diſtractio, *d. §. 6. b. Vinn. ibid. num. 7.* Limita, ſi aliunde conſtaret, eſſe effectivè defraudatos, ùt, ſi omnia bona debitor alienâſſet, veluti res ipſa loquitur.

38 Facta de his Judici fide, ſequitur *Effectus*, ſeu condemnatio, qua jubetur, ut omnia ea, quæ in fraudem creditorum alienata ſunt (inde etiam elucet *Objectum* hujus actionis) reſtituantur. Dixi: *Omnia*, adeóque non tantùm res alienatæ, aut etiam in fraudem creditorum omiſſæ, vel pro derelicto habitæ; ſed etiam jura, & obligationes in hunc finem remiſſæ, ſinguláque ea, quæ habere deſiit, ita, ut patrimonium diminutum ſit. Conſul. *d. l. 1. 2. 3. 4. 5. 10. §. 12. & 14. ff. quæ in fraud. cred.* Quò etiam ſpectant acceſſiones, & reliqua commoda, quæ creditores habuiſſent, ſi alienatio facta non eſſet, vid. *l. 10. §. 19. cum trib. ſeqq. ff. d. t.* Adeóque etiam fructus poſt alienationem percepti, ſi tempore alienationis factæ terræ jam cohærebant, *d. l. 10. §. 22.* Non item alii medio tempore (ſed tamen ante litem conteſtatam) percepti, *l. ult. §. 4. ff. d. t.* quia iſti nondum fuerunt in bonis debitoris, hinc neque dici poſſunt alienati, ſed potiùs à poſſeſſore jùre dominii, quod interim habebat, percepti. Idcirco non officit, quòd malæ fidei poſſeſſor debeat omnes fructus extantes reſtituere, *l. 22. C. de R. V.* Nam hocquidem verum eſt, in rei vindicatione, quæ datur contra non dominum, non item in Pauliana, qua dominus ad rei reſtitutionem condemnatur. Graviùs credideris obſtare, *d. l. 10. §. 20. ff. quæ in fraud. cred.* ubi in hanc actionem non tantùm fructus, qui percepti ſunt, verùm etiam, qui percipi potuerunt, venire dicuntur; ſi hoc? multò magis extantes. Ita eſt, & iſti, & illi, ſi tempore alienationis factæ ter-

Digitized by Google

ræ jam cohærebant, veniunt: Non etiam ſecùs. Argues cum Voëtio *ff. d. t. num. 11. circa med.* Abſurdum eſſe, ut malæ fidei poſſeſſor ex ſuo delicto commodum reportet. Rearguimus, non reportare commodum ex ſua improbitate, ſaltem directè, ſed ex dominio rei, quod interim ad eum pertinet. Inſtabis, omne lucrum eſſe ei extorquendum, *d. l. 10. §. pen. ff. d. t.* Illud intellige, quod alienatum eſt, non item medii temporis. *d. l. ult. §. 4. ff. eod.* Replicabis: omnia eſſe reponenda in priorem ſtatum, ac ſi alienatio facta non eſſet. *l. 38. §. 4. ff. de uſur.* Redit prior Reſponſio; quoad ea nimirum, quæ aderant tempore alienationis, non item, quæ medio tempore advenerunt, quia tantùm alienata revocantur, *d. l. ult. §. 4.* quam *Voët.* malè reſtringit ad bonæ fidei poſſeſſorem, utpote, quia hi caſus in Pauliana ſunt rariores. Num pretium emptori rem reddenti debeat reſtitui? debet, ſi extet, vid. *l. 7. & 8. ff. d. t.* quia Pauliana non ad lucrum creditoribus quærendum, ſed ad damnum evitandum introducta eſt, *d. l. 10. §. 4.* Dixi ſuperiùs: *Alienata ſunt*, quod ſumendum propriè, ita, ut non veniat repudiatio, cùm ſit prohibitio odioſa, utpote dominium reſtringens. *Qui autem occaſione acquirendi non utitur*, inquit Paulus in *l. 28. ff. de V. S. non intelligitur alienare, veluti, qui hæreditatem omittit, aut optionem, intra certum tempus datam, non amplectitur:* Non enim jubet Prætor, ut debitores patrimonium augeant; ſed, ne diminuant, cavet, *d. l. 6. princ. ff. quæ in fraud. cred.* Quapropter, ſi debitor hæreditatem ſibi delatam (ſecùs, ſi jam acquiſitam, vid. notabilis caſus apud Hub. *ff. d. t. num. 2.* (a) *Voët. ibid. num. 16. verſ. Diverſum eſſet)* repudiet, legatum non acceptet, eſto, haud dubiè loquatur remorſus conſcientiæ, ſilet nihilominus Edictum Pauli, uti docet Ulpianus in *d. l. 6. §. 2. 3. & 4. ff. eod.* Neque deeſt hujus ſententiæ ratio, quia creditores ſolent cum debitore contrahere intuitu bonorum præſentium, futuris autem rationes ſuperinſtruere non poſſunt, nec ſolent, cùm ſint incerta; idcirco, uti illis non ſit injuria, ſi nulla occaſio acquirendi ſe offerat, ita videtur dicendum, ſi oblatam non velit debitor in favorem creditorum amplecti. Nil refert (I.) quòd repudiatio legati videatur eſſe alienatio, quia legatum directa via à defuncto ad legatarium tranſit, *l. 64. in fin. ff. de furt.* (II.) Quòd ſub prohibitio-

Eee

(a) Debitor hæreditatem ſibi à propinquo delatam ſorori, cum qua colludebat, in necem creditorum relinquere intenderat; Sed Notarius locò *repudiationis* ſcripſit, debitorem CEDERE jus ſuum hæreditarium ſorori, cùm ſimpliciter REPUDIARE debuiſſet. Fuit pronuntiatum contrà, quia non potuit cedere, niſi id, quod priùs habuit. Jam vide, quantum non rarò noceat imperitia, ſeu negligentia Tabellionis; Utere fideli ac perito, nec parcas modò marſupio, ut ſuo tempore poſſis parcere futuræ controverſiæ expenſis.

tione alienationis pupillo facta etiam comprehendatur repudiatio, *l.5. §.8.ff.de reb.eor. qui ſub tut.* Idem (III.) dicendum de prohibitione alienationis Prælato Eccleſiaſtico facta, quæ probabiliùs etiam comprehendit repudiationem. (IV.) Quòd repudiata in fraudem Fiſci poſſint revocari, *l.45.pr.ff.de jur fiſc.* Nam *Ad primum* patet ex dictis, repudiationem legati tantùm eſſe ſpeciem alienationis impropriam; ſicut enim juris fictione legatum rectâ viâ à defuncto ad legatarium tranſit, ſuppoſita poſtmodum acceptatione, ita etiam facta repudiatione retro fingitur nunquam fuiſſe in bonis repudiantis, conſequenter repudiatio juris, nuda legis fictione tantùm quæſiti, dici non poteſt propria alienatio. Accedit, quòd deberet obtinere duplex fictio: imprimis enim fingeretur, jus legati fuiſſe ſtatim penes legatarium, & inſuper illud jus alienatum adhuc manſiſſe penès debitorem, adeóque daretur ficti aliud jus fictum, quod regulata juris Philoſophia non admittit. *Ad ſecundum* rurſus paritas claudicat, quia pupillo adminiſtratio bonorum adempta eſt, non item debitori, conſequenter ſub alienatione pupillo prohibita intelligenda eſt in ejuſdem favorem etiam alienatio latè talis, qualis eſt repudiatio. *Ad tertium* inſtantia de Prælato ex eadem ratione interim transmittitur (multi quippe hoc negant) quia prohibitio hæc non adeo eſt odioſa, cùm non dominium, ſed tantùm adminiſtrationem reſtringat. Unde faciliùs ſub alienatione prohibita venire poteſt etiam alienatio latè talis. *Ad quartum* non debet, quod in favorem Fiſci conſtitutum eſt, in conſequentiam trahi. Plus eſt, quod deprehendimus apud Papinianum in *l. 19.ff.d.t.* ubi, ſi pater fideicommiſſum maternum filio, falcidiâ, ad quam tamen habuit jus jam actu quæſitum, non deductâ, reſtituat, creditores non defraudâſſe dicitur; fortè, quia non tam fraudâſſe creditores, quàm potiùs plenam fidem, ac debitam pietatem præ oculis habuiſſe, ſecutúſque fuiſſe videtur. Cæterùm erroneum, ùt nobis videtur, eſt, quod docet Titius in *Theſ. Jur. ff. d.t.* vix hodie ſupereſſe uſum actionis Paulianæ, cùm poſſint creditores ſibi meliùs conſulere per arreſtum, quoad res malè alienatas, impetrandum. Verùm miramur, viro aliàs acutiſſimo hæc excidiſſe, cui ignotum eſſe non poteſt, arreſtum non tribuere, niſi meram, & proviſionalem quamdam ſecuritatem, ita, ut per arreſtum nihil aliàs conſequamur, ſed opus ſit alio jure, atque actione ad rem arreſto conſtrictam obtinendam, argumentô eorum, quæ docet Voët. *ff. de in jus voc. num. 64.*

§. III.

§. III.

De Actione Hypothecaria.

Ultima Actio Prætoria Realis eſt Hypothecaria, *qua creditores agunt* 39
adverſùs quemcunque poſſeſſorem, ut res oppignoratas reſtituat, ſeu breviùs: *Eſt Actio Prætoria Realis, qua res pignori nexas perſequimur*. Dixi: *Prætoria*, quia juxta *§. 7. h.* ex ipſius Prætoris juriſdictione ſubſtantiam capit. Prætorem autem rurſus duplex cauſa movit Æquitas, & Neceſſitas. ILLA, quia durum videbatur, habere pignus, & illud non poſſe perſequi, adeóque fieri inutile: *nullum enim pignus eſt* (inquit Gajus in *l. 27. pr. ff. de noxal. act.*) *cujus perſecutio negatur*; & nulla ſecuritas, ſi transeundo ad tertium ejus jus extingueretur. ISTA, quia jure Civili contra tertium, cum quo nihil egimus, actio non competit. *Hopp. h. ad §. 7.* Dixi: *Realis*, oritur quippe ex jure in re, quod creditori, mediante rei oppignoratæ traditione, vel etiam nuda conventione (quod ſpecialiter conſtitutum eſt in *l. 1. pr. ff. de pig. act. l. 4. ff. de pignor.*) creditori acquiritur. Neque movearis verbis Pauli in *l. 17. §. 2. ff. de pact.* ibi: *De pignore jure honorario naſcitur PACTO actio.* actio autem ex pacto nata utique perſonalis eſt. Nam non directè, ſed tantum occaſionaliter ex pacto naſcitur; ſiquidem, mediante pacto, ex ſpeciali Prætoris diſpoſitione, jus in re in creditorem transfertur, & ex hoc jure primùm hypothecaria progignitur. Addat. *Hub. h. t. num. 12.* (a) Inde etiam eſt, quòd, quamvis nuncupetur pignoratitia in *l. 7. §. 12. in fin. ff com. divid. Schamb. ad §. 7. h. verſ. obſerva*, dupliciter tamen ab ea differat, quatenus imprimis pignoratitia immediatè ex obligatione oritur, adeóque perſonalis eſt, & deinde pignoratitia ſaltem directa, & principalis competit debitori, ejúsque hæredibus contra creditorem, & hæredes ad repetendum pignus, ſolutô debitô; Hypothecaria verò, juxta dicenda, credi-

(a) Sed cur, interrogas, Prætor huic pacto aliàs nudo vim transferendi jus in re fuit impertitus? Frequens pignorum uſus atque utilitas Prætorem movit. *arg. l. 14. §. 1. ff. de pec. conſt.* Partim ſiquidem eſſet creditori proſpectum, ſi accepta nudo pacto ſecuritate, poſſet à debitore rebus pignoratitio pacto obligatis facta à debitore diſtractione fraudari. Ergò, denuò rogas, ante Prætoris Edictum nulla creditori pignoratitio competebat actio? vel nondum dabatur pignus? Nulla, quia jus in re ex præſcripto juris civilis ſine traditione non transfertur, per alibi dicta: Hinc hoc ſensû nullum dabatur pignus. Quid ſi fuerit res tradita? Erat quidem contractus pignoratitius pariens, ut & hodie, actionem perſonalem pignoratitiam; ſed non realem, adeóque, ſi creditor rem oppignoratam amiſiſſet, nullâ contra tertium poſſeſſorem juvabatur actione ad illam recuperandam.

Digitized by Google

tori contra quemcunque poſſeſſorem (a) Eſt autem alia *Serviana*, ſeu *Directa*, quæ nimirum oritur ex verbis legis, alia, *quaſi Serviana*, ſeu *Utilis*, quæ naſcitur ex mente legis, ſeu ex ulteriori interpretatione prudentum: ita tamen, ut non extrahatur à linea actionum Prætoriarum, ſed originariam naturam retineat. *Vinn. ad §. 7. h. n. 6. verſ. Et Prætoris juriſdictione.* Illa competit locatori prædii ruſtici, & hæredibus, ad res, quæ pignoris (ſive expreſſi, ſive taciti, quò ſpectant fructus, *l. 7. ff. in quib. cauſ. pig. vel hypoth. tac. contr.*) jure ratione mercedis affectæ ſunt, conſequendas. Iſta datur locatori prædii urbani, & cuique alii creditori, & hæredibus, itidem ad res quomodocunque, adeóque ſive expreſſè, ſive tacitè (quò inter alia ſpectant res illatæ in prædium urbanum, *l. 4. ff. d. t.*) oppignoratas obtinendas, *d. §. 7. h.* conſequenter non differunt, niſi ab Subjecto Activo, cui competunt. Competit igitur utraque contra quemcunque poſſeſſorem, ſive cauſam, ſeu titulum ab ipſo debitore, ſeu ab alio habeat, quia tantùm quæritur, an poſſideat, vel; num ſaltem dolò deſiêrit poſſidere, *l. 16. §. 3. ff. de pignor.* Accedit, quòd res tranſeat cum ſuo onere, *l. 12. C. de diſtract. pignor.* Interim tamen ſecernendum eſt jus vetus à jure novo: Siquidem jure veteri erat in libertate creditoris, num voluerit convenire debitorem principalem (quem tamen ſimplici denunciatione interpellare priùs debebat, *l. 10. C. de pig. & hypothec. Vinn. h. ad §. 7. num. 5.*) ad abſolutionem debiti; num, ſi res oppignorata ad alium pervenerit, ipſum poſſeſſorem ad reſtitutionem pignoris *l. 14. C. de pignor. & hypoth.* Jure noviori agendum eſt priùs contra debitorem principalem, ejúsque fidejuſſores, hæredéſque, actione perſonali, ac primùm, ſi ab iis non fuerit ſatisfactum, contra pignoris poſſeſſorem, *nov. 4. c. 2.* & ex ea deſumpta *Auth. Hoc, ſi debitor. C. d. t.* Ordine itaque ita ſervato, ſi ſuum non fuerit conſecutus, tunc ad res ipſius debitoris oppignoratas, & his non ſufficientibus, etiam ad res

man-

(a) Pignus eſſe vocabulum latinum, Hypothecam verò græcum, quod ſupponere, id eſt, pignori opponere ſignificat, vulgò, & rectè traditur. Idcirco ad rem notat Vinn. *h. t. ad cit. §. 7.* (ipſi 8) Veteres JCtos hoc verbo HYPOTHECA vix vel raro fuiſſe uſos, at latino FIDUCIÆ, hinc in iis, quæ manum Triboniani elapſa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur, nomen HYPOTHECÆ nuſpiam occurrit, ſed FIDUCIÆ duntaxat, ut videre apud Paulum in *Libb. ſentent. lib. 1. tit. 9. lib. 2. t. 5. & 13. lib. 3. tit. 6. de leg. lib. 5. t. 26. in fin.* Modeſtinus apud Licinium Ruffinum in *Collat. Leg. Moſaic. & Rom. tit. de depoſ.* ita ratiocinatur. *Sed & in cæteris quoque juris partibus iſta regula* (de culpa præſtanda) *cuſtoditur; ſic enim & in FIDUCIÆ JUDICIO.* Quod verbum generale quidem eſt; ſed pignori fuiſſe applicatum propiùs deducitur ex Laud. Paulo *2. Sent. 13.* ibi: *Debitor DISTRACTIS FIDUCIIS* (quid aliud, quàm pignora?) *à creditore de ſuperfluo adverſum eum habet actionem.* Hæc pro terminorum notitia.

mandatorum, ac fidejuſſorum ſeſe poterit convertere, *d. nov.* & *c.* Docent quidem non pauci in hypotheca ſpeciali adhuc obtinere jus vetus ſiniſtro intellectu, *nov. 112. c. 1.* permoti. Sed, cùm *cit. Novella* de hac quæſtione nec jota inveniatur, ſed tantùm hypothecam tum ſpecialem, tum, & multò magis generalem, à litigioſi vitio excipiat, ita, ut, non obſtante lite de dominio deſuper mota, rem oppignoratam alienari poſſe, ſtatuat: *Novella 4. c. 2.* verò generaliter loquatur, generaliter etiam erit aſſurgendum, *ſed neque ad res debitorum* (ita ſonat *d. nov. 4. c. 2.*) *quæ ab aliis detinentur, veniant priùs, antequam tranſeant viam ſuper perſonalibus contra mandatores, & fidejuſſores, & ſponſores.* Videbitur tibi prima fronte, his verbis nihil contineri de hypotheca, conſequenter hunc textum malè huc applicari. Verùm ſufficit, quòd in verbis ſubſequentibus fiat mentio. Deinde, ſi res non eſſent hypothecatæ, contra tertium poſſeſſorem nunquam, neque excuſſo debitore principali, actio competeret, quod tamen pugnaret contra *Novellam.* Neque dicas cum *Hopp. ad d. §. 7. b.* vigore *cit. nov. 112.* non poſſe hypothecam ſpecialem aliter alienari, quàm ſi creditori ex pretio ſatisfiat, aliàs ei jus ſalvum manere. Nam quid hoc ad rem? etiam in generali jus pignoris ſalvum manet, conſequenter in hoc nulla eſſe poteſt differentia, vid. *Ludov. apud Moll. in Theſ. Jur. ff. de pign. & hypoth. num. 45.* (a) Ceſſabit tamen hoc beneficium excuſſionis iiſdem caſibus, quibus ceſſat in fidejuſſoribus, vid. *ibid. dicta num. 8.* Illud hic eſt adhuc notâ dignum, quòd, ſi creditor agat contra ipſum debitorem pignus poſſidentem, poſſit cumulare (alternativè) actionem principalem, ſeu perſonalem, & hypothecariam. Ita expreſsè Imperator in *d. nov. 4. c. 2.* ibi: *Contra principales tamen* (debitores) *& exiſtentes apud eos res, ſive perſonalibus, ſive hypothecariis mox, ſive ambabus uti voluerit, omnem ei damus licentiam, quæ dudum à nobis data eſt:* quibus conſonat *l. 10. C. de O. & A. l. 24. C. de pig. & hypoth.* Num competat contra hæredes debitoris? Competit, ſi poſſideant, & quidem ſi plures ſint, etiamſi actio perſonalis ſit ipſo jure diviſa, juxta dicta *ad tit. de oblig. quæ quaſi ex contract. naſc. §. 2. n. 9.* contra quemlibet in ſolidum, *l. 1. C. de luit. pig. l. ult. C. ſi unus ex plur.* Intellige tamen, in quantum poſſident ad exemplum aliorum poſſeſſorum

(a) Advertit, ibi in *d. nov. 112. fuiſſe* caſum ſpecialem, quo videlicet res hypothecata fuit alienata lite jam à creditore mota, & ideo, permiſſa, ſeu relicta in ſuis terminis alienatione, cautum, ut pretio recepto creditori ſatisfiat: Jam à caſu hypothecæ durante lite venditæ ad caſum hypothecæ, lite nondum mota, diſtractæ, non procedere argumentum, de ſe patulum eſt. Fuiſſe autem deſuper litem jam motam exinde conſtat, quia aliàs ineptè fuiſſet quæſitum, num res fiat litigioſa, & deciſum, quod lite ſuper hypotheca mota res quoad dominium non fiat litigioſa.

Digitized by Google

rum *Hub. ff. de pig. & hypoth. num. 8.* Ratio videtur, quia non quà hæredes, ſed quà poſſeſſores hac actione, utpote reali, conveniuntur; poterit tamen petere, ut ſibi contra reliquos rerum pariter oppignoratarum poſſeſſores actiones à creditore cedantur, uti *arg. l. 5. ff. de cenſib.* pluribûs oſtendit Voët *ff. qui pot. in pig. num. 5.*

40 Si hac actione creditor eluctari cupit, debet duo probare; *Primò*, pignus ſibi fuiſſe conſtitutum, quæ probatio ſufficit, ſi contra ipſum debitorem conſtituentem agat. Nec enim, niſi allegando propriam turpitudinem, poterit debitor conventus excipere, ſe non potuiſſe rem oppignorare, cùm hæc exceptio non admittatur, *arg. l. 41. in pr. ff. de pig. act.* Si verò adversùs tertium poſſeſſorem experiatur, debet inſuper probare, rem oppignoratam fuiſſe tempore oppignorationis (excipe hypothecam generalem, quæ etiam afficit bona futura, *vid. l. 15. §. 1. ff. de pignor.*) in bonis oppignorantis, adeóque habuiſſe illum plus juris, quàm hic & nunc poſſeſſor habet, *l. 3. pr. ff. d. t. l. 23. ff. de prob. V. nn. b. ad §. 7. n. 3. & 4.* *Secundò* probanda eſt poſſeſſio, ſeu detentio pignoris vel vera, vel ficta, forté, quòd poſſeſſor dolô deſiêrit poſſidere, *d. l. 16. §. 3. de pign. & hypoth.* His præſtitis condemnabit Judex ad reſtitutionem rei oppignoratæ, & quidem (ſi hæc expungendo debito non ſufficiat) cum fructibus exſtantibus, vel etiam conſumptis, ſi poſt litem conteſtatam percepti fuerint, *d. l. 16. §. 4. ff. eod.* ubi tamen probè notandum, quòd debitor hac actione conventus hypothecam liberet, ſolvendo ſortem principalem cum uſuris, quamvis ob contumaciam pluris fuerit condemnatus. Ita æquuum videbatur Marciano in *d. l. 16. §. 6. ff. d. t.* quia creditoris non intereſt ratione rei ob contumaciam non reſtitutæ, ſed ratione ſortis, ac uſurarum, adeóque plus conſequi non debet: hinc humaniùs proceditur cum debitore, quàm cum poſſeſſore extraneo, qui etiam pluris condemnatur, *l. 21. §. fin. ff. d. t. Gothofred. in not. ad l. 16. §. 6.* Ita tamen, ut id, quod creditor plus conſecutus eſt, actione pignoratitia conventus, debitori reſtituat, ita Ulpianus in *d. l. 21. §. ult.* in verbis: *& quòd ampliùs debito conſecutus creditor fuerit, reſtituere debet creditori pignoratitia actione.* Hic interrogas, num poſſit creditor propria authoritate pignus in bonis debitoris exiſtens occupare? Si ita, debitô intra certum tempus non ſolutô, inter debitorem, & creditorem convenerit, poterit, ſuppoſitô, quòd debitor ſe non opponat, *arg. l. 11. C. de pignor. act. l. 55. ff. de furt.* Quòd, ſi ſe opponat, haud dubiè authoritate Præſidis poſſeſſionem (ſine ulterioribus ambagibus tamen decernendam) adipiſci debet, *arg. l. 3. C. de pign. & hypoth.* Quid, ſi nomen ſit oppignoratum? Competit actio Hypothecaria Utilis *l. 4. C.*

quæ

quæ res pign. junctâ l. 13. §. 2. ff. de pign. & l. 18. ff. de pign. act. qua debitum in ſecuritatem conſequi poterit; aut etiam liberum erit agere actione utili perſonali, quæ aliàs competeret oppignoranti: hîc enim eſt pignoris finis, ut pecunia ſuo tempore peti, & in ſolutum accipi queat, ait *Hub. ff. de pign. & hypoth. num. 11. circa fin.* Quid, ſi poſt pignoris conſtitutionem oppignorans à tertio in rei vindicatione fuerit ſuperatus? Nihilominus actio hypothecaria manet creditori etiam contra victorem ſalva, *l. 3. pr. & §. 1. ff. d. t. l. 29. §. 1. ff. de except. rei jud.* Latiùs *Voët. ff. qui pot. in pignor. num. 2.*

Rogas, quamdiu hæc Actio duret? Si debitor pignus poſſideat, 41 extenditur ad 40. annos, *l. 7. §. 1. C. de præſ. 30. vel 40. ann.* Sed inquies, cur diutiùs durat, quàm ipſa actio principalis ex contractu orta, quæ intra 30. annos extinguitur? Uti genuina ratio, quidquid paſſim in illa inquirenda excogitaverint, hactenus vix fuit inventa, ita *notiſſimi juris eſt*, jure antiquiori in *ipſos debitores* (ita diſſerit Imperator in *d. l. 7. pr. C. de præſ. 30. vel 40. ann.) aut hæredes eorum primos, vel ulteriores nullis hanc actionem expirare luſtrorum curſibus.* Hinc ad 40. annos eam reſtringere placuit: conjecturaliter autem ideo, quia actionis hypothecariæ præſcriptio quandoque citiùs currere incipit (nempe ſtatim ab ipſa conſtitutione pignoris) quàm ipſius obligationis principalis, in qua à poſtrema debiti exactione tempus præſcriptionis inchoatur. Ne igitur citiùs, quàm actio principalis expiret, debebit diutiùs durare. Dic fortè meliùs, regulariter unà cum actione principali, tanquam acceſſoriam extingui: Quòd ſi verò actio principalis litis conteſtatione fortè de novo ad 30. vel 40. annos fuerit perpetuata, tamen hypothecaria, ſi de ea non fuerit in judicio facta mentio, ſe ultra quadraginta annos, computandos ab ipſa pignoris conſtitutione, non extendet: Ibi in *d. l. 7. §. 1. non ultra 40. annos, ex quo competere cœpit, prorogari,* adeóque juxta hanc explicationem nunquam diutiùs durabit, quàm principalis, bene verò quandoque breviùs (a) Quid, ſi primus creditor agat contra ſecundum

(a) At vix eſt (ita opponebatur mihi, neſcio quo Authore, vix credo JCtum l nuperrimè in Collegiis, quæ vocamus privata) ut hæc ſingularis opinio poſſit ſubſiſtere, cùm perpetuata per litis conteſtationem actione principali, etiam perpetuetur acceſſoria, ſeu hypothecaria, quamvis de hac in litis conteſtatione nulla fuerit facta mentio, ùt manifeſtè colligitur ex *l. 3. C. de annal. except.* ubi in terminis ſtatuitur, ut, qui unam tantùm actionem in jus deduxit; nihilominus cenſeatur totum jus ſuum (adeóque omnes actiones) in judicium deduxiſſe, veluti textum legenti patebit. Ita eſt, ùt dicis, patebit, omne jus in judicium deduxiſſe, quoad effectum nimirum, de quo textus conceptus, & fuit dubium. Dubitabatur inter Veteres, num ad interrumpendam præſcriptionem generaliter ſufficiat, ſi una actio ſit in judicium deducta? Et deciſio, ùt

dum creditorem ejuſdem debitoris? Si debitor adhuc vivat, itidem 40. primùm annis hypothecaria finitur, ſi deceſſerit, 30. annis abſolvitur, niſi uti velit acceſſione temporis, quo caſu rurſus 40. annis opus eſt, *vid. d. l. 7. §. 2.* Contra tertium poſſeſſorem, ſi *bona fide* poſſideat tempore ordinario 10. vel 20. annorum, extinguitur, *l. fin. C. de O. & A. l. 1. & 2. C. ſi adverſ. credit. præſ. oppon.* Idque procedit, ſive debitor pignus alienaverit, ſciente, vel (aliter in præſcriptione dominii, quæ magis præjudicat, *nov. 119. c. 7.*) ignorante creditore. Si *mala fide* rem teneat, durat 30. annis, *d. l. 7. pr. C. de præſ. 30. vel 40. ann.*

P A R S IV.

De Actionibus Perſonalibus.

SAtis de Actionibus Realibus, tum Civilibus, tum Prætoriis, Preſſo ſequuntur pede Perſonales, quarum rurſus quaſdam eſſe Civiles, quaſdam Prætorias, ſæpiùs inculcatum ſcimus: Earum naturam ſpecificam duabus, uti priorum, Sectionibus delineabimus.

SE-

ùt benè arguis, eſt affirmativa. An idem de perpetuatione exiſtimas? Textus nihil habet: Ratio ſimiliter longè eſt alia interruptæ præſcriptionis, & perpetuatæ actionis: Illa fit per libelli oblationem: Iſta requirit litis conteſtationem, ſeu quaſi contractum, & quidem ſtricti juris: Intelligis, quid hoc ſibi velit? Non utique ignoras, actiones ideo perpetuari, quia ex quaſi contractu, videlicet ex litis conteſtatione novam qualitatem induunt, quæ illas reddit perpetuas. Verùm; replicabis, ùt ſuſpicor: Actor cenſetur litem eſſe conteſtatus circa omnes actiones, quas in judicium deduxit; ſicut igitur una in judicium deducta cenſetur etiam alias deduxiſſe, idem erit dicendum de litis conteſtatione. Sed probandum hujus aſſerti primum membrum? Nos id ipſum negamus, & negabunt omnes, quibus conſtat, litis conteſtationem eſſe negotium ſtricti juris, cujus puritatem & rigorem noverint omnes; quos non piget conſulere tum Paulum in *l. 78. §. un.* tum Celſum *in 99. ff. de V. O.* At, quid, inquis, quòd ipſe textus in *l. 3.* de perpetuatione faciat mentionem in verbis: QUIDAM PUTABANT PERSONALEM QUIDEM ESSE TEMPORIS INTERRUPTIONE PERPETUATAM, HYPOTHECARIAM TAMEN EVANESCERE TACITURNITATE SOPITAM. Et hoc damus, actiones etiam acceſſorias eſſe perpetuatas, ſcilicet perpetuatione impropria, quatenus præſcriptione interrumpuntur, duràntque in favorem actoris, ac ſi non fuiſſet contra illum incepta præſcriptio; ſed quamdiu? an perpetuò? Minimè! ſed quantum ex ſua natura aliàs duràſſent. Sanè ſi hic intelligere velles perpetuitatem propriam, debebis admittere per ſolam citationem actiones perpetuari, quod ſanioribus legum principiis vix, imò nec vix quidem autumari poteſt. Huc apprimè inſerviunt ea, quæ noviſſimè dicta ſunt *in noſtra Diſſ. Acad. ad tit. de jud. num. 22. Verſ. Verùm hic interrumpimur.*

Digitized by Google

SECTIO I.

De Actionibus Perſonalibus Civilibus.

PRæter actiones Civiles ex contractu vel quaſi, aut ex delicto vel quaſi promanantes, de quibus ſuis locis ſufficienter actum exiſtimamus, & videri poteſt *Clariſſ. D. D. Ayblinger p.m. b.t. part. 4.* Superſunt adhuc aliquæ, quæ ad illarum ſpeciem reduci, vel commodè non potuerunt, vel ad eas prorſus non ſpectârunt, ita, ut ad ſpecialem tractationem referri debuerint. Sunt autem aliæ, quæ oriuntur ex variis cauſarum figuris: Aliæ ex Facto. Ex variis cauſarum figuris eſt Actio ad Exhibendum, Condictio Triticaria, & Condictio ex Lege. De quibus eſto

§. I.

De Actione ad Exhibendum, Condictione Triticaria, & ex Lege.

ACTIO AD EXHIBENDUM deſcribitur, *quòd ſit Actio Civilis, Perſonalis, Arbitraria, in rem Scripta, qua ille, cujus intereſt, rem exhiberi, petit, ut in publicum proferatur.* Dixi notanter *Perſonalis*, *Arbitraria*: Ita in terminis Ulpianus in *l. 3. §. 3. ff. ad exhib.* ibi: *Eſt autem PERSONALIS hæc Actio*, jungatur *§. 31. b.* Ejus enim fundamentum eſt æquitas naturalis, quæ quidem nullum jus in re operatur (uti ſuffragante lege contingit in rei vindicatione) ſed tantùm poſſeſſorem obligat, ut rem in medium ei proferat, cujus intereſt, adeóque perſonalis eſt, non realis, vel mixta, uti quibusdam videtur; ſuadet quippe æquitas naturalis fundata in *l. 2. §. 5. in fin. ff. de aqua, & aquæ plav. arcen.* ut, quod mihi non nocet, & alteri prodeſſe poteſt, faciam, rem verò in medium proferre mihi non nocet; ſi enim mea eſt, non habeo, quod timeam, ſi aliena; aliunde ad reſtitutionem ſum obſtrictus: Alteri verò prodeſſe poteſt, cùm ille poſſit venire in notitiam rei, quam ex legitima cauſa prætendit, addatur *l. 3. §. 7. ff. ad exhib.* Turbabit fortè, quòd juxta *l. 3. §. fin. l. 4. 5. pr. §. 1. & ult. ff. ad exhib.* detur contra quemcunque poſſeſſorem. Nam exinde tantùm ſequitur, quòd ſit *in rem ſcripta*, quæ Actiones perſonales quidem ſunt, quia oriuntur principaliter ex obligatione quadam naturali à jure approbata, imitantur tamen actiones reales, quatenus dantur contra quemcunque poſſeſſorem, *arg.* 42

l. 9. §. fin. ff. quod met. cauſ. & numerantur inter actiones arbitrarias, *d. §. 31. b.* inde ſequitur, hanc actionem, neque ad-neque in hæredes quà tales tranſire, *l. 12. §. fin. ff. d. t.* Dixi ulteriùs: *Ille, cujus intereſt.* Debet autem intereſſe non quomodocunque. *Nec enim oportet*, inquit Paulus in *l. pen. ff. eod. Jus civile calumniari, neque verba captari, ſed qua mente diceretur, animadvertere: Nam illa ratione* (id eſt, intereſſe nimis laxè ſumpto) *etiam ſtudioſum alicujus doctrinæ poſſe dicere, ſuâ intereſſe, illos, aut illos libros ſibi exhiberi, quia, ſi eſſent exhibiti, cùm eos legiſſet, doctior & melior futurus eſſet.* Sed opus eſt, ut interſit, & quidem tam litis conteſtatæ, (a) quàm ſententiæ tempore, *l. 7. §. fin. ff. d. t.* ex ſpeciali aliqua cauſa, quatenus circa rem exhibendam jus in re, vel ad rem ſe habere, rationabiliter exiſtimat, uti innuunt verba Gaji in *l. 13. in fin. ff. eod.* ibi: *quia hæc actio ei creditur competere, cujus peculiariter* (legunt non pauci pecuniariter) *intereſt*, jungat. *l. 3. §. 9. 10. & 11. in fin. ff. d. t. Eleganter igitur* (ita referente Ulpiano) *definit Neratius, Judicem ad exhibendum hactenus cognoſcere, an juſtam, & probabilem cauſam habeat actionis, propter quam exhiberi ſibi deſiderat.* Hinc etiam opus eſt, ut actor quodammodo rem deſcribat, uti colligitur ex *d. l. 3. pr. ff. d. t.* Nimis itaque cum *Hub. & Thomaſ. ff. d. t. num. 2.* reſtringunt hujus actionis limites, qui tantùm dari docent iis, quorum intereſt propter jus in re, vel omnino tantùm dominium (b), uti apertè patebit legenti textum in *l. 12. §. 2. ff. d. t.* ibi: *item, ſi ei, qui FURTI ACTURUS* (cujus utique intereſt ob jus ad rem) *ad exhibendum egiſſet, & in l. 2. C. d. t. ſi criminis alicujus* (inſit Alexander Imp.) *reus ſervus poſtulatur, per ad exhibendum actionem produci à domino, non celari debet.* Dixi:

43 *Rem exhiberi*, ſive deinde ſit MOBILIS, *l. 56. ff. de procur.* quò etiam ſpectant inſtrumenta, teſtamenta, codicilli, *l. 18. ff. ad exhib.* vid. alia exempla in *l. 6. l. 7. §. 1. & 2. ff. eod. l. 23. §. 5. ff. de R. V.* Sive IMMOBILIS, uti *arg. l. 8. ff. ad exhib.* tenet Lauterb. *d. t. §. 10. vid. Stryck. in Theſ. Jur. d. t. n. 22.* quia etiam poſſunt res immobiles vel occultari, vel ſaltem ignorari, ubi, aut quomodo ſitæ ſint; & prout minimè

(a) Id eſt non ſufficit, interfuiſſe tempore litis conteſtatæ. Non tamen præcisè illud tempus requiritur, *arg.* eorum, quæ ſuperiùs diximus *de Rei Vind. num. 2. in fin.*

(b) Favere videtur vel maximè *d. l. 3. §. 14. ff. ad exhib.* Ubi hæc iis, qui non ſunt domini, denegatur. Ibi: *quia vindicare eas poſſum: paulò poſt: quia vindicare non poſſum, nec ad exhibendum experiri.* Quæ ratio clarior? Ita eſt ratio clara, & caſui legis apprimè applicata; ſiquidem in caſu legis actoris non intererat principaliter, ut rationes retineret, ſed tantùm minùs principaliter, ut fieret copia legendi & deſcribendi; hinc opus erat, ut ſaltem eſſet dominus; ſecùs ſi actoris intereſſet principaliter, & ut retineat. Nobis apertè favet. *d. l. 3. §. 7.*

mè latet, textus magis de mobilibus, quàm immobilibus eſſe conceptos; ita neque patronis ſententiæ contrariæ (inter quos eſt *Zoëſ. cit. tit. Huber.* cui etiam adhæret contra proprium ſcholium *Thom. ibid. n. 6.*) ignotum erit, exempla non eſſe menſuram legum: Id non negamus, frequentiùs obtinere in rebus mobilibus, quia immobiles regulariter ſe ipſas exhibent, *arg. l. 2. in pr. verſ. ſed ubi C. quand. & quib. quart. pars debet.* Dixi: *Petit.* Et quidem à quocunque poſſeſſore (quis enim faciliùs exhibebit?) ſive vero, ſive ficto, imò à quocunque detentore, ùt didicimus ex textibus mox citt. in *d. l. 3. §. fin. l. 4. l. 5. l. 9. pr. §. 3. ff. eod.* Quid, ſi reus exceptiones opponat? cùm hoc judicium ſumarium ſit, non audiuntur exceptiones altioris indaginis, ſed remittuntur ad judicium ordinarium, ſeu cauſam principalem, niſi ſint litis finitæ, nempe rei judicatæ, juriſjurandi, & transactionis, vid. *d. l. 3. §. 13. ff. eod. D. D. Franzb. part. 5. ſect. 11. n. 12.* Dixi: *ut in publicum proferatur.* Qui eſt finis hujus actionis, regulariter viam ad aliam actionem præparantis. Nota: *Regulariter;* quandoque enim fieri poteſt, ut actor ipſam rem hac actione conſequatur, ſi fortè reus nullum jus retinendi habeat, vel ulteriùs contendere nolit, *l. 7. §. 4. 5. & 6. l. 9. §. 7. ff. eod. Hopp. b. ad §. 31.* Sed, an coram Judice debeat exhiberi? Ita eſt, ſi reus judicialiter ſit conventus, *vid. l. 11. §. 1. ff. d. t.* Secùs ſufficere putat *Stryck. U. M. P. d. t. §. 2.* ſi coram Notario, & teſtibus exhibeatur. Rogabis, diſcrimen inter exhibere, & edere inſtrumenta? Reſpondet *Memorat. Stryck. loc. cit. §. 3.* Exhibitio, ait, tantùm eò tendit, ut conſtet, an inſtrumentum ſit penès Adverſarium; editio autem, ut copia fiat deſcribendi: quapropter, eſto regulariter denegetur actori editio inſtrumentorum, *arg. l. 4. & fin. C. de edend.* non tamen hoc ipſo, & ita generaliter eſt deneganda exhibitio, uti probat *Laud. Author. ibid.*

CONDICTIO TRITICARIA, quæ ex variis, iiſque omnibus 44
cauſis deſcendit, in quibus ob moram, aut aliam juſtam cauſam locò rei æſtimatio præſtanda eſt, *l. 3. & 4. ff. de condict. Tritic.* Definiri poteſt, quòd ſit *Actio perſonalis, qua agimus, ut locò rei, ſeu quantitatis debitæ, ejus æſtimatio præſtetur.* Petitur equidem res debita actione ex negotio competenti; ſed ſi conſtet, eam ex culpa, vel dolo reſtitui ampliùs non poſſe, ad manus eſt hæc Actio. Eſt Rei perſecutoria Perpetua: quandoque Bonæ fidei, quandoque Stricti juris, quandoque Arbitraria: Credimus pro diverſitate cauſarum, ex quibus ad æſtimationem agitur, niſi eam mavis dicere indiſtinctè Arbitrariam, ſed irregularem ad exemplum actionis de eo, quod certo loco, licèt aliæ condictiones omnes ſint ſtricti juris, quia oriuntur ex negotio unilaterali. Sed, an Civilis,

num Prætoria? tam promptè, uti præmiſimus, non dixeris: Tamdiu tamen erit ſtandum pro Jure Civili, tanquam cauſa inductiva aliarum etiam condictionum, quamdiu non probabitur à jure prætorio deſcendere: Illud enim jus ordinarium, hoc extraordinarium audit. Eſt equidem nota multorum opinio, hanc actionem originem trahere à Triticio Prætore, unde verba initialia conjecturaliter allegat Pagenſtech. in *Theſ. Jur. d. t. num. 1.* ſed nondum probata eſt: Alii quippe à tritico tanquam principali ſpecie rerum fungibilium, quarum reſpectu originaliter fuit inventa, dictam volunt, vid. *Thomas apud Hub. ff. de condict. Tritic. num. 1.* Aliter *Voët. ff. d. t. num. 1.* Competit omnibus, quibus locò rei, vel quantitatis ex quacunque cauſa ſive licita, ſive illicita (concurrit enim cum aliis actionibus) debetur æſtimatio, ejúſque hæredibus, *l. 1. §. 1. l. 2. ff. d. t.* Contra illum, qui æſtimationem debet, & hæredes, ita, ut obtineat reſpectu omnium rerum, quæ æſtimationem recipiunt; dummodo non ſint propriæ, quia rem propriam condicere nemo poteſt, *niſi ex cauſa furtiva, vel re mobili vi abrepta* (adde vel immobili vi occupata) uti inſit Ulpianus in *d. l. 1. §. 1. ff. eod.* *Clariſſ. D. D. Franz b. t. part. 6. ſect. 5. n. 5.* Adeóque per inadvertentiam debet Viro Clariſſ. de objecto agenti *ibid. n. 7.* irrepſiſſe: *res quævis &c. certæ, vel incertæ, PROPRIÆ, vel alienæ.* Dixi: *quæ æſtimationem recipiunt*, hinc eſt, quòd excludatur pecunia, quæ, utpote ipſamet res omnes æſtimans, idcirco æſtimationem reſpuens, actione principali petitur, vocatúrque ideo à quibusdam per jocum ACTIO FRANCISCANORUM. Hic, cùm rerum pretia nec loco, nec tempore conveniant, interrogas, quomodo erit res æſtimanda? Si fuerit conventum de certo loco, ac tempore, quo res præſtari debet, facienda eſt æſtimatio, quanti eo loco, & tempore valuiſſet, *l. ult. ff. d. t.* ſi nihil conventum fuerit, & res, ſecluſâ morâ, periêrit, attenditur tempus, ſeu locus interitûs, *l. pen. verſ. ſi verò deſierit. ff. eod.* Dixi: *periêrit*, ſi enim tantùm fuit deteriorata, ſpectatur, quanti fuit, dum judicium fuit inceptum, *d. l. ult. ff. eod.* Dixi ſuperiùs: *ſecluſâ morâ:* ſiquidem, ſi mora intervenerit, utroque caſu ſive interitûs, ſive deteriorationis ſpectatur tempus moræ, tanquam terminus *à quo*, & tempus interitûs, ùt terminus *ad quem*, ita, ut, quanti maximi fuit intra hos terminos, res æſtimati, & à reo convento æſtimatio præſtari debeat, *d. l. pen. in fin. ff. d. t. vid. l. 22. ff. de R. C. & l. 3. §. 2. ff. commod.* atque ad ambas *Brunn.* Addatur *Hub. ubi ſupra num. 3. & ſeqq.* ubi videbis eſſe diſtinguendum inter judicia Bonæ fidei, & Stricti juris: in Bonæ fidei judiciis, inquit Ulpianus *d. l. 3.*

§. 2.

Digitized by Google

§. 2. rei judicandæ tempus, quanti res ſit, obſervatur, quamvis in ſtricti juris litis conteſtatæ tempus ſpectetur.

Supereſt CONDICTIO EX LEGE, quæ toties competit, quoties 45 lege nova (puta poſt LL. 12. tabb.) actio quædam fuit introducta, ſed non exprimitur, quo genere Actionis ſit agendum: Ejus ſpecies proſtant in *l. 6. C. de dot. promiſſ. in l. 35. C. de donat. l. 8. & fin. C. de revoc. donat. l. 35. §. 2. l. 36. C. de inoff. teſt.* His quippe caſibus datur Actio ad petendam dotem ſine ſtipulatione promiſſam, ad rem in pactum donationis deductam perſequendam, ad donationem factam ob ſecutam ingratitudinem revocandam, ad legitimæ ſupplementum obtinendum; Et quoniam certum Actionis genus non præſcribitur, vocantur ejusmodi Juris remedia Condictiones ex lege, quibus competunt eædem qualitates, quæ aliis condictionibus. Reliqua de condictionibus remittuntur ad Pandectas. Hinc ſatis eſt de Actionibus civilibus ex variis cauſarum figuris. Actiones ex facto oriundas compendiô ob oculos ponet

§. II.

De Actione Rerum amotarum, Condictitia Sportularum, & Condictitia adversùs Executores litium.

DEfinitur Actio RERUM AMOTARUM, quòd ſit Actio *Perſonalis* 46 *Civilis, qua res à conjuge, durante matrimonio, divortii tamen causâ amotæ, repetuntur.* Dixi: *Perſonalis*, quia ex delicto, nempe illicita amotione à conjuge facta (quæ de ſe furtum eſt, *l. pen. ff. de act. rer. amot. arg. l. 52. pr. & §. 1. ff. de furt.* ſed tamen ob matrimonii reverentiam, *juxta l. 1. & 2. ff. de act. rer. amot.* furtum non dicitur) deſcendit. Dixi: *Civilis*, ad imitationem condictionis furtivæ, licèt Prætoriam faciat Lauterb. *ff. de A. R. A. §. 3.* ob textum in *l. 2. C. rer. amot.* Sed nota, ibi non dici ex Edicto *dari*, quod eſt requiſitum actionis prætoriæ, ſed *permitti*. Dixi: *A conjuge.* Datur quippe hæc actio Conjugi, ejúsque hæredibus, *l. 7. & l. 21. §. 5. ff. d. t.* nec non ſocero, *l. 6. pr. ff. eod.* Contra conjugem (idem intellige de nuru) ejúsque hæredes, *d. l. 6. §. 4. ff. d. t.* ſaltem in quantum ad eos pervenit, *l. fin. C. rer. amot.* Per quod notabiliter differt à condictione furtiva, quæ, uti ſuo loco vidimus, in ſolidum contra hæredes competit. Ratio differentiæ ſita eſt in favore matrimonii, quo exigitur, ut mitiùs procedatur. Dixi: *durante matrimonio.* Eô enim ſolutô, ſi res in conjuge amota ſit, obtinet condictio furtiva, *l. 3. pr. ff. d. t.* Dixi: *Divortii tamen causâ.* Debent igi-

igitur res fuiſſe amotæ intuitu futuri divortii, adeóque, ſi ex levitate animi, vel diſſipationis gratiâ, amotio contigerit, non huic, ſed actioni in factum locus datur, *l. 2. C. d. t.* Quid, ſi ſpe mortis brevi ſecuturæ? Obtinet Actio Utilis, *l. 21. pr. ff. d. t.* Quid, ſi morte ſecuta, res ſit amota? cùm rei nondum poſſeſſæ non detur furtum, competet, vel Vindicatio, vel hæreditatis Petitio, *d. l. 6. §. ult. ff. d. t.* vid. tamen Titius *in Theſ. Jur. d. t. num. 5.* Dixi *Amotæ*, quo nomine etiam veniunt res celatæ, abſconditæ, commeſſationibus, aut compotationibus abſumptæ, alióve modo interverſæ, *d. l. 3. §. 3. l. 17. §. 1. ff. d. t. Voët. ibid. num. 3.* Dixi: *Repetuntur.* Intellige poſt divortium. Eſto enim durante matrimonio amotio facta ſit, oporteat, Actio tamen iſta non competit, niſi factô divortiô, *vid. l. 25. ff. & cit. l. 2. C. d. t.* Qua ergo actione poterunt ejusmodi res durante matrimonio repeti? Condictione generali ex æquitate naturali orta, *arg. l. 32. ff. de R. C.* uti innuit JC. in *d. l. 25. ff. de A. R. U.* quæ dici poteſt actio rerum amotarum utilis. *Hub. d. t. n. 1.* vid. tamen Voët. *ff. ibid. num. 2.* (a) Cùm autem divortia quoad vinculum, uti Jure Civili intelliguntur, rariora ſint, hodie etiam rarior erit hujus actionis uſus, ſed agendum erit actione utili, caſu quo divortium quoad thorum, & menſam ob adulterium, vel aliam cauſam intervenerit, *cit. Voët loc. cit. num. 7.* Quid autem, ſi res amota caſu perierit? Solvenda erit ejus æſtimatio, *l. 17. §. 2. ff. eod. arg. l. fin. ff. de condict. furt.* Fit autem æſtimatio, quanti fuit à tempore amotionis, *l. 29. ff. d. t.* habetúrque ratio ejus, quòd Actoris (excluſo jure competentiæ, *l. 21. §. fin. ff. eod.*) intereſt, *d. l. 21. §. 4. ff. d. t.* In hac Judex ex officio, neque criminaliter, uti aliàs debet, *l. 13. ff. de offic. præſ.* procedit *Conſt. crim. art. 165. in fin.*

47 Altera Actio, huc ſpectans, eſt ACTIO CONDICTITIA SPORTULARUM, *qua is, qui vexandi adverſarii gratiâ majorem vero debito ſummam in libello expreſſit ad triplum damni dati convenitur.* Eſt Civilis, *arg. §. 24. b.* Perſonalis, utpote ex delicto orta, Mixta, & Perpetua, quia Civilis. Ut natura hujus actionis perſpicua reddatur, præſciendum, fuiſſe olim Viatoribus, litiúmque Executoribus quædam ſalaria (quæ juxta *Snbneidevv. b. num. 3.* à Munuſculis, quæ plebei Domi-

(a) Competit haud dubiè etiam rei vindicatio. Verùm apertiſſimè opponitur *l. fin. §. fin. verſ. Et in hac ſpecie.* ubi etiam ſtante matrimonio indulgetur actio rerum amotarum. Indulgetur, ita eſt, actio rerum amotarum *in genere*, quatenus omnis res, ſive ab uxore, ſive ab alio contrectata, amota dicatur *arg. l. 24. & 25. ff. d. t.* Non item in ſpecie, ſeu illa, de qua hic agimus. *Loquitur* enim Imperator abſtractivè, neque ſe reflectit, num maritus agat ſtante, num ſoluto matrimonio, conſequenter de actione hac in ſpecie non cogitavit.

minis ex ſportulis diſtribuere ſolebant; ſportulæ vocabantur) habitô reſpectu ad quantitatem in libello expreſſam ſoluta. (a) Finge, pro centum florenis decuiſſe reum ſolvere Sportularum nomine florenum (certi enim nil conſtat *Vinn. h.)* Finge ulteriùs, Te mihi debere ter centum florenorum, me autem vexationis causâ à Te petiiſſe ſexcenta, adeò, ut locò trium florenorum ſex ſolvere debueris: Hoc caſu dabitur contra me Actio hæc ad triplum illius, quod plus ſolvere debuiſti, conſequenter ad novem florenos, vid. deſuper Schamb. ad *cit. §. 24.* Inde ſatis patet, hanc actionem competere reo, qui Sportularum nomine plus ſolvere debuit contra actorem, qui vexandi adverſarii gratiâ plus petiit, ad triplum ejus, quod plus dedit, modò probetur, majorem ſummam vexandi adverſarii gratiâ fuiſſe petitam, *d. §. 24. b.* qui textus ſe refert ad Codicem, haud dubiè priorem Juſtinianeum, cùm in Codice noſtro nihil reperire ſit. Hanc actionem in deſuetudinem abiiſſe, teſtatur *hìc Hopp.* poſtquem Sportulæ non ampliùs juxta quantitatem in libello expreſſam, ſed pro locorum diſtantia, aut aliunde, indiſtinctè taxatæ ſunt. Si res ubique ita ſe habet, huic teſtimonio & nos acquieſcimus. Cæterùm, ſi ipſi Executores plus debitô Sportularum nomine exigant, ſubſequitur

ACTIO CONDICTITIA ADVERSUS EXECUTORES LI- 48
TIUM, *quâ litium Executores, ſeu Miniſtri publici in quadruplum illius, quod ultra debitas Sportulas exegerunt, conveniuntur, §. 25. b.* Eſt Civilis, Perſonalis Mixta, & Perpetua. Datur iis, à quibus Sportularum nomine plus exactum fuit, contra ipſos Executores, qui plus exegerunt: nec non adversùs alios, qui officiis publicis præſunt, ſi quid contra modum præſcriptum in *nov. 82. c. 7. & nov. 123. c. 28.* exigere præſumpſerint. Dictum fuit repetitis vicibus: *exegerint:* intellige dolô malô, ſi enim ſponte plus datum ſit, ceſſat hæc Actio, multa enim, ùt inquit *Manz.*

(a) Præſciendum ulteriùs VIATORES illos fuiſſe, qui Proceres in agris degentes in Senatum, ſi conſilium publicum deſideraretur, convocabant, ſeu arceſſebant. EXECUTORES adeóque non hìc dicuntur, qui ſententiam exequebantur (eſto & hæc fuerint adhibiti) ſed qui ea faciunt, & exequuntur, quæ ad judicium pertinent. *arg. l. 33 §. 2. C. de SS. EE.* ſiquidem hæc actio etiam competit ante litem conteſtatam. SPORTULÆ eſt diminutivum SPORTÆ, quæ erat certum vaſi genus ex vimine, aliáque materia contextum. Solebant quippe Romani clientes ſuos tenues, ac ſæpè pauperes, qui ſuos Patronos domum comitabantur, cœnæ adhibere. Poſtea, cùm id paulatim ſuperbientibus, moleſtum accideret, ac faſtidioſum pro cœna cibos clientibus mittebant domum, & in Sporta deferebantur. Succeſſu temporis locò cœnæ data etiam fuit pecunia, quæ, ùt ſubrogatum Sportula dicebatur. Ex his Sportulis viciſſim non raró munuſcula Patronis à clientibus offerebantur, & ita pedetentim ad ſalaria viatorum ſunt extenſa. Eruditè Bachov. *ad §. 24. (ipſi 21.) h. t.*

Digitized by Google

Manz. ad cit. §. 25. h. num. 17. honeſtè accipiuntur, quæ inhoneſtè petuntur. Huc facit prudentiſſimum effatum D. Severi, & Antonini ab Ulpiano relatum in *l. 6. §. 3. ff. de off. Proconſ. Neque omnia, neque quovis tempore* (inquiunt) *neque ab omnibus: nam valdè inhumanum eſt à nemine accipere; ſed paſſim, viliſſimum eſt: & omnia, avariſſimum.* Condemnatur itaque accipiens in quadruplum. Sed pœna tripli, cui obveniet? *Hopp.* quandoque Actori, quandoque Fiſco. *Schambog.* econtra indiſtinctè obvenire Fiſco exiſtimat propter textum in *nov. 124. c. 3.* Sed uterque malè! Sicuti enim in priori actione Actori obvenit *d. §. 24. h.* ita & hic *arg. cit. §. 25.* qui uno contextu ſequitur. Ex *cit. nov. 124. cap. 3.* nihil evincitur, cùm ſit intelligenda, ſi agatur criminaliter. *Memorat. Schneidevv. ad d. §. 25. num. 15.* ubi in *ſeqq.* docet, hanc pœnam non eſſe promiſcuè, ùt quidam ſibi imaginantur, ſublatam.

SECTIO II.

De Actionibus Perſonalibus Prætoriis.

NAturam Actionum Prætoriarum Genericam didicimus ſuperiùs *part. 1. §. 1. num. 3.* Nec non realium, itidem *part. 3. ſect. 2. per tot.* Reſtant diſcutiendæ Perſonales, quarum aliæ ſunt ex facto licito, aliæ ex illicito: Et utriusque generis rurſus vel proprio, vel alieno. De his agetur *tit. 7. 8. & 9.* Ex facto proprio licito ortas dabit ſequens

§. I.

De Actione de Conſtituta Pecunia, Juratoria, & de Eo, quod certô locô.

49 INter Actiones Prætorias ex facto proprio licito præcedit ACTIO DE CONSTITUTA PECUNIA, cujus naturam faciliùs capies, ſi præſciveris, quid ſit CONSTITUTUM, non Poſſeſſorium, quo quis declarat, velle ſe, quod proprio nomine poſſidebat, alieno poſſidere, *l. 18. ff. de A. v. A. P.* ſed obligatorium. Eſt autem Pactum, quo quis promittit, ſe præſtiturum id, quod vel ipſe, vel alius antea debebat, *§. 9. h. t.* Pone, me promittere, ſoluturum tibi, quod Cajus debebat, vel ego priùs, ſed fortè alio loco, tempore, vel in alia pecuniæ qualitate. Unde advertes, *primò*, debere hanc promiſſionem fieri ſine prævia ſti-

ſtipulatione (adeóque etiam inter abſentes, vel per litteras, *l. 14. §. fin. l. 15. ff. de dec pec. conſt.* obtinet) aliàs competit Actio ex ſtipulatu: *ſecundò*, quòd in conſtitutum venire poſſit obligatio tam propria, quàm aliena: & *tertiò*, quòd per hæc duo differat à fidejuſſione, quatenus illa fieri debet mediante ſtipulatione, & abſolutè tantùm in obligatione aliena obtinet: (a) Cæterùm promittere poteſt (ſi fœminam pro alio excipias, *arg. l. 1. §. 1. ff. eod.*) omnis, qui ſe obligare; & promitti omni creditori, cui priùs debetur, potéſtque obligatio acquiri. Dixi: *Creditori.* Adeóque non ei, qui ſolutionis gratiâ adjectus eſt, quamvis eidem rectè ſolvatur, *l. 7. §. un. ff. d. t. §. 4. de inut. ſtipul.* Multò minùs, invito creditore, alicui tertio, cui, ſicut non valet facta ſolutio, *l. 65. §. fin. ff. de condict. indeb.* ita nec promiſſio ſolutionis, *l. 5. §. 5. ff. de pec. conſtit.* ibi: *Item, ſi mihi conſtituas, te ſoluturum, teneberis; quòd ſi mihi conſtitueris, Sempronio te ſoluturum, non teneberis:* Quod procedit, eſto Sempronio fortè deberes, quia uni per alterum obligatio non acquiritur, *§. 4. & 19. de inut. ſtipul.* Ratio habetur in *l. 38. §. 17. ff. de V. O.* & à nobis ſuperiùs *d. t. num. 3.* notatum eſt. Hodiernis tamen moribus, quibus etiam alteri per alterum acquiri poteſt, aliter eſſe judicandum, exiſtimat *Stryck. V. M. P. d. t. §. 4.* æquitas enim naturalis, quæ vel maximè in conſtituto attenditur, ſubtilitati juris præponderat; hinc applicari poterit dictum Modeſtini in *l. 53. ff. de A. R. D. Quod naturaliter acquiritur,* inquit, *per quemlibet volentibus nobis acquirimus. D. D. Franz h. t. part. 13. ſect. 1. num. 5.* Sed cave, ne huic ſententiæ, quæ hactenus pluribus irrepſit, nimiùm fidas: certè æquitas Canonica non videtur à Jure Civili ſcripto hoc in paſſu generaliter receſſiſſe, dum in *c. 2. de uſur. in 6.* in favorem obtinendæ ſepulturæ Eccleſiaſticæ (adeóque eſt quid ſpeciale) valet promiſſio ab uſurario de reſtituendis uſuris loci Ordinario, vel Parocho coram teſtibus facta in abſentia eorum, quibus uſuræ debent reſtitui; de eſſentia enim pacti eſt conſenſus illorum, quorum intereſt, qui conſenſus per alium ſine ejus mandato ſuppleri non poteſt. Neque officit vulgaris ratio, quòd videatur acceptans gerere negotium alienum, quatenus quilibet poteſt alterius conditionem meliorem facere; nam hoc totum verum eſt, ſi fiat ſine notabili præjudicio, vel nova obligatione inducenda: quippe humanæ ſocietatis officium nequaquam exigit, ut alterius utilitatem deſiderem cum tertii damno, atque patrimonii diminutione, vid. pluribus *P. Engel. de Pact. §. 4. n. 15. & ſeqq.*

(a) Formulæ conſtituti habentur in *l. 5. § 3. l. 24. & 26. ff. de pec. conſt. l. ult. ff. de inſtit. act.*

Digitized by Google

50 Interrogas, quodnam debitum poſſit in Conſtitutum deduci? NATURALE, & CIVILE ſimul, ſeu MIXTUM, *l. 1. §. 6. ff. de pecun. conſt.* Licèt enim de ſe ſit firmum, poteſt tamen per qualitatem loci, temporis &c. fieri pinguius, *vid. l. 3. §. fin. l. 4. & 5. pr. ff. d. t.* vel etiam NATURALE tantùm, *l. 1. §. 7. ff. d. t.* intellige *perfectum* (adeóque non honeſtatis, ſed juſtitiæ) & jure non reprobatum, quale eſt debitum mulieris ex fidejuſſione, *d. l. 1. §. 1. ff. eod. arg. l. 16. in fin. ff. ad SC. Vell.* vel denique CIVILE tantùm, ſed EFFICAX (id eſt, non elidibile per exceptionem) quale eſt ex ſententia injuſta, à qua appellari ampliùs non poteſt, *arg. l. 60. pr. ff. de condict. ind.* Non item Inefficax (ſcilicet elidibile per exceptionem) fortè metu, vel dolo initum, *l. 3. §. 1. ff. de pecun. conſt.* æquitati enim prætoriæ, in qua fundatur conſtitutum, debitum mera juris ſubtilitate innixum non correſpondet. Illud non refert, utrum ſit debitum purum, aut conditionatum, ita tamen, ut ſubintelligatur in conſtituto eadem conditio, cui eſt annexa obligatio principalis, *l. 19. pr. ff. d. t.* quia, pendente conditione, nondum eſt verum debitum, *l. 213. ff. de V. S.* Secùs dicendum, ſi ex die debeatur; illud enim poteſt etiam purè in conſtitutum deduci, *l. 3. §. fin. l. 4. ff. de pecun. conſt.* quia jam (ſaltem in actu primo) debetur, *d. l. 213. ff. de V. S.* Nec obſtat, quòd fidejuſſio pro debitore ex die, vel ſub conditione obligato purè interpoſita, nulla ſit, *§. 5. de fidejuſſ.* Nam hæc in rigore; conſtitutum in æquitate fundatur: illa incipit à creditore, qui purè exigendo decipit: hoc à conſtituente, ſeu promiſſore, qui ſpontè promittit, & nullatenus decipitur. Quòd enim à fidejuſſione ad conſtitutum non procedat illatio, patebit conferenti *l. 8. §. 7. ff. de fidejuſſ.* cum *l. 11. §. 1. ff. de pec. conſt.*

51 His præcognitis, facilè intelligis, conſtitutum, uti alia pacta, obligationem quamdam, ſaltem naturalem, producere; Illud tamen nondum capis, cur etiam actionem generet, aliàs pactis nudis adempta? An, quia contractus eſt, cùm videatur habere ſpeciale nomen? Vix eſt; nullibi enim numeratur inter contractus, & ſi eſſet, Actionem Civilem produceret: Accedit, quòd neque determinatè, atque præciſè in jure *conſtitutum* dicatur. Addatur *Hub. ff. de pec. conſt. n. 2.* Præ aliis placet ratio, quia conſtitutum ſemper ſupponit præviam obligationem, idcirco meritò actione erat ſpecialiter roborandum. Eſt autem Actio de conſtituta pecunia (pecuniæ nomine veniunt jure noviori, & hic res omnes, *l. 178. ff. de V. S. juncta l. 2. de conſt. pecun.*) *Actio, qua ille, qui promiſit ſe ſoluturum id, quod vel ipſe, vel alius anteà debebat, convenitur à credito-*

tore, ut obligationi ſuæ ſatisfaciat. Eſt Prætoria, Perſonalis, *§. 8. & 9. h.* Rei-perſecutoria, Stricti juris, Perpetua, uti colligitur ex dictis de Actionibus in genere. Dari creditori, & hæredibus contra promittentem, & hæredes, patet ex eo, quòd oriatur ex facto licito. Illud autem nondum eſt in aperto, ſi plures idem debitum conſtituerint: Num quilibet in ſolidum teneatur, num verò gaudeat beneficiô diviſionis? Diſtinctione res complanari debet: Si alienum debitum conſtituerint, quamvis teneantur in ſolidum, poſſunt tamen ad exemplum fidejuſſorum exceptione diviſionis (idem dicendum de beneficio ordinis, ſeu excuſſionis, *arg. nov. 4. c. 1.*) ſibi proſpicere, *l. fin. C. de conſt. pecun.* ubi notabis verba: *qui pro aliis ſimul conſtituunt.* Aliter dicendum de iis, qui proprium debitum conſtituerunt, per textum æquè clarum in *l. 16. pr. ff. d. t. ſi duo, quaſi duo rei conſtituerimus, vel cum altero agi poterit in ſolidum.* Jung. *l. 2. & ult. ff. de duob. reis conſtit.* Quibus non contrariatur *nov. 99. c. 1.* ubi clarè deciditur, etiam iis, qui proprium debitum conſtituerunt, competere beneficium diviſionis. Nam & non minùs apertum eſt, textum hunc non loqui de illis, qui quemodocunque, ſed, *qui alterna fide*, id eſt, quaſi pro ſe invicem fidejubendo, proprium debitum conſtituerunt. Hac actione convento dantur induciæ ad ſolvendum, nec minùs, quàm decem dierum, *l. 21. §. 1. ff. de pec. conſtit.* Eſt & ulterius hic quid ſingulare, quòd, ſi creditor ſolutionem ritè oblatam non acceptaverit, debitor hac actione (ſalva tamen manente principali) liberetur, *arg. l. 16. §. fin. l. 17. & 18. princ. ff. d. t. Voët. ibid. num. 12.* Satis enim Prætori videtur, ſi debitor Edicto parere, ſuísque promiſſis ſtare paratus fuerit. Quid ſi debitum principale poſt conſtitutum interpoſitum præſcriptione extinguatur, quod fieri poteſt in actionibus temporalibus, vel etiam perpetuis, ſi fortè conſtitutum mox ante curſum præſcriptionis completum interveniat? Durat obligatio ex conſtituto, *l. 18. §. 1. ff. eod.* (a) Sufficit enim, quòd tempore conſtituti ſubfuerit debitum, cùm initium contractûs ſpectandum ſit. Neque hìc procedit regula, quòd acceſſorium ſequatur ſuum principale, quia aliàs ſequeretur, quòd, deficiente actione principali, etiam deficiat actio de conſtituta pecunia, quod tamen falſum eſſe, ex eo convincimur, quia actio hæc ſæpè competit, quamvis principalis non præceſſerit, fortè, dum ſubſuit debitum ſolummodo naturale. Aliter reſpondet *Stryck. in*

 Theſ.

(a) Hoc haud dubiè obtinebit in obligationibus ad certum tempus reſtrictis, quia per conſtitutum videntur conſtituentes indefinitè recedere à prioris temporis placito. Num autem hoc procedat in omni præſcriptione etiam legali, vel in aliis ſolvendæ obligationis modis, aſſerere non audemus; ſed, uti cogitationis reliquias aliis lubenter indulgemus, ita & nobis exoramus.

Theſ. Jur. d. t. num. 29. vid. tamen Cocc. ff eod queſt. 10. Huic actioni *ſimilis videbatur* (ſunt verba Imperatoris *h. in §. 8.*) RECEPTITIA, *ſed ex noſtra conſtitutione* (l. 2. C. de conſt. pec.) *cùm, etſi quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ conſtitutæ transfuſam eſt, & ea quaſi ſupervacua juſſa eſt cum ſua authoritate à noſtris legibus recedere.* Erat autem Actio Receptitia, quæ dabatur contra Argentarios, qui civium pecunias, vel res alias citra ſtipulationem in cuſtodiam receperant, séque certo die huic vel illi ſoluturos promiſerant. *Recipere* ſiquidem majorem vim, quàm *promittere*, habere credebatur, unde Cicero Licinio Craſſo, *velim exiſtimes, me ea, quæ tibi promitto, RECIPIO, ſanctiſſimè eſſe obſervaturum.* Sed, nónne & hæc Actio debebat eſſe fruſtranea, ſuppeditante nimirum Actione depoſiti: Ita videtur reſpectu ipſius deponentis, ſed non tertii, cui fortè reſtitutio recepti citra ſtipulationem ab Argentario, ſeu Menſulario, tanquam quodam ſequeſtre publico promiſſa fuerit. Differentias inter Actionem de conſtituta pecunia, & Receptitia exhibet *Vinn. ad d. §. 8. h. num. 2.* Porrò etiam illi minùs accuratè hanc materiam pertractant, qui docent conſtitutum, præſertim ſi debitum alienum reſpiciat, non differre à fidejuſſione: Ubi tamen non poteſt aliter fides interponi, quàm pro illo, qui ipſi creditori debet: Secùs in conſtituto, ubi ſufficit ſubeſſe debitum, licèt aliàs nec conſtituens debeat, nec ei, cui fit conſtitutum, debeatur, *vid. l. 5. §. 2. & ſeqq. ff. de pecun. conſtit.* Pone, Primum debere Secundo centum, Tertium autem pro Primo fidejuſſiſſe, eúmque promiſiſſe, ita conſentiente Secundo, ſe Quarto, qui Secundi Creditor erat, ſoluturum, quod Primus debebat. Hic Conſtitutum eſt, eſto conſtituens promittat, quòd nec ipſe priùs, nec illi, cui promiſit, debuerit. *Hub. ubi ſupra num. 3.* Et quamvis moribus ejus uſus non ſit ita frequens, malè tamen cum eo agimus, ſi prorſus abrogatum velimus: *arg. eorum*, quæ tradit *Laud. Author d. l. n. 4. & pen.*

52 Ad Actiones Prætorias ex facto proprio licito reducitur etiam ACTIO JURATORIA. Pro ejus faciliori intellectu quædam ſunt præmittenda de Juramento tanquam *Cauſa Effectiva.* Definitur autem communiter Juramentum, quòd ſit *Invocatio Divini Nominis in teſtimonium veritatis, dictis, aut promiſſis noſtris conciliandæ*, ſeu *Eſt Religioſa Aſſeveratio, qua DEUM in teſtem veritatis vocamus.* Ex quibus advertis, Juramentum quandoque reſpicere promiſſionem, quandoque (& hoc ex ſua ſubſtantia) Aſſertionem: Unde, omiſsis aliis diviſionibùs hùc non ſpectantibùs, dividimus in *Promiſſorium*, quo nimirum aliquid promittimus, & *Aſſertorium*, quo nudè aliquid aſſerimus. Et hoc eſt vel litis *Æſtimatorium*, quo lis, ſeu res litigioſa æſtimatur, *tot. tit. ff. de in lit. ja-*

jurand. vel litis *Deciſorium*, quod litis decidendæ gratiâ præſtatur. Et hoc rurſus vel *Extrajudiciale*, vel *Judiciale.* Illud, quod à parte parti extra judicium ſuper re inter ipſos controverſa defertur. Iſtud, quod defertur in judicio, vel à Judice, & dicitur *Neceſſarium*, quia præcisè præſtandum eſt, nec poteſt referri; vel à parte litigante, & nuncupatur *Voluntarium*, quia non eſt præcisè præſtandum, ſed ſub disjunctione, vel præſtari, vel referri debet, *l. 34. §. 6. & 7. ff. de jurejur. Hopp. h. ad §. 11.* modò deferens priùs de calumnia juraverit, *d. l. 34. §. 4.* Et de hoc verificatur dictum Pauli in *l. 38. ff. de jurej. Manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſt*, infit, *nolle nec jurare, nec jusjurandum referre*, per quod differt ab extrajudiciali, cujus delatio nullam importat neceſſitatem; poteſt enim pars, cui defertur, illud ſimpliciter recuſare, nec tenetur referre, ſed ſimpliciter eligere, num velit procedere viâ juris ordinariâ, ſuámque cauſam judicis deciſioni, aliis probationibûs in medium adductis, ſubjicere.

Sciſcitaris jam, ex quonam juramento naſcatur Actio Juratoria, de qua nobis ſermo? Ex extrajudiciali, quod (quidquid inverſâ aleâ doceat *Schamb. ad §. 11. h. verſ. quod.* haud dubiè ab Oldendorpio deceptus) certum eſt *ex l. 28. §. ult. ff. d. t.* ſiquidem, qui liberè & ſponte juramentum defert, videtur eligere adverſarii fidem, séque eidem committere, ſimùlque promittere, ſe velle ſtare ejusdem juramento, hinc meritò inquit Paulus in *l. 2. ff. eod. Jusjurandum ſpeciem transactionis continet, majorémque habet authoritatem, quàm res judicata.* Ex Juramento Judiciali Neceſſario itidem in confeſſo eſt, non oriri, quia non à parte, ſed à Judice defertur, adeóque litiganti nil imputari poteſt, cùm plerumque, eò invitò, alteri deferatur Juramentum. De Judiciali autem voluntario

Controvertitur, Negativæ ſubſcribit *Clariſſ. D.D. Franz h. part. 13. ſect. 2. num. 4.* tum, quia in *d. l. 28. §. ult. ff. de jurej.* tantùm ſit mentio de extrajudiciali, tum, quia, præſtito hoc juramento, lis non aliter deciditur, quàm ſecutâ ſententiâ, *l. 34. §. ult. ff. d. t.* ex ſententia verò oritur actio judicati, tum denique, quia hoc juramentum non tam ſpeciem transactionis, quàm potiùs probationis obtinet. Affirmativæ, cui & nos primas deferimus, patrocinatur cum aliis *Vinn. ad d. §. 12.* (ùt ille habet) *h. num. 3.* Eſt enim de utroque eadem ratio, hoc ipſo, quòd à litigante litiganti ſponte deferatur, adeóque deferens ſe committat conſcientiæ jurantis, atque ita, ſicut in extrajudiciali, cum eo tranſigere videatur: Inde eſt, quòd in *§. 11. h.* non diſtinguatur, utrùm delatio in- vel extra judicium facta ſit. Confirmatur ex *l. 8. C. de R. C.*

Digitized by Google

ubi actori, cui delatum, vel RELATUM eſt Juramentum, Actio in factum, id eſt, juratoria dari dicitur, relatio autem non obtinet, niſi in juramento judiciali, *arg. l. 17. pr. ff. de jurej.* Adſtipulatur huic opinioni ulteriùs *l. 3. pr. & §. 1. ff. de jurej.* ubi Prætori haud dubiè de juramento judiciali, & exinde orta actione juratoria ſermo eſt. Levia ſunt, quæ ex oppoſito afferuntur. Nam *d. l. 28. §. fin. d. t.* intelligitur exemplificativè, non taxativè, dum in utroque militat eadem juris ratio: Neque etiam Actio judicati actionis juratoriæ nativitatem impedit, quippe novum haud eſt, dari ad idem plures actiones: Ex juramento oritur Actio Juratoria: ex Sententia Actio Judicati. Deinde, quid, ſi jurans ſententiam non urſerit, adeóque non fuerit lata? Quid, ſi ex alio capite fuerit nulla, & ita actio judicati obtinere nequeat? Dabimus etiam non inviti, Actionem juratoriam originaliter fuiſſe inventam ob juramentum extrajudiciale, cùm ibi non ſuppetat aliud remedium: Interim tamen & tu negare vix poteris, ex mente legis, utì multæ aliæ, poſſe etiam extendi ad judiciale, quod non tantùm, ùt malè arguis, habet vim probationis, ſed etiam, uti extrajudiciale, transactionis, quod & *Hopp.* aliàs nobis contrarius *h. ad cit. §. 11. verſ. Aut juraverit.* motus *arg. l. 13. in fin. ff. d. t.* admittere cogitur, & probant rationes à nobis aſſignatæ. Mirâberis, & meritò, cur ex promiſſione jurata, quæ fit per invocationem Divini Nominis, non competat Actio, cùm ex promiſſione ſolemnibûs ſtipulationum verbîs concepta jura actionem dederint? Non in contemptum, ſed omninò in reverentiam juramenti, ne promiſcuè Cives ejus uſu abuterentur, factum crede: quò ſpectat reſponſum Ulpiani in *l. 8. ff. de condit. inſtit.* Rogabis, cur ergo Prætor, hac ratione non obſtante, juramentum litis Deciſorium actione muniverit? Ob ſummum litium finiendarum favorem, quatenus ſpeciem transactionis, quæ litem omnem excludit, continet *d. l. 2. ff. de jurejur.* poſtquam enim juratum eſt, non quæritur, an debeatur, ſed unicè, an juratum ſit. *§. 11. h. l. 5. §. 2. ff. d. t.*

53 Ex his clareſcit, eum, qui detulit juramentum, obligari ad ſtandum, ita, ut, ſi Reus juraverit, Actore deferente, competat eidem exceptio, caſu quo actio prior rurſus intentetur, ſi Actor verò juraverit, deferente Reo, naſcatur *Actio Juratoria, qua ille, qui, altero deferente (vel referente) juravit, ſibi aliquid deberi, vel rem ſuam eſſe, experitur adversùs deferentem, ut id, quod ſibi deberi juravit, ſolvat, vel reſtituat.* Eſt Prætoria, *§. 8. & 11. h.* Perſonalis, quia juxta *l. 25. & 26. §. fin. ff. de jurejur.* ex conventione, qua deferens promiſiſſe cenſetur, ſe velle ſtare juramento, naſcitur, quod verum eſt, eſto prior actio realis fuerit, juraveritque Actor, rem eſſe ſuam, ſiquidem non in hac formula *rem ſuam*

eſſe

Digitized by Google

eſſe, ſed in conventione, ſeu juramento ſe fundat, vid. *l. 9. §. ult. ff. d. t. Vinn. h. ad §. 12. num. 2.* Rei-perſecutoria, adeóque Perpetua, cùm non impugnet actum Jure Civili validum, Stricti juris; oritur enim ex negotio unilaterali. Quamvis, ùt vult *Voët. d. t. num. 18.* quoad fructus, uſuras, & acceſſiones maximè imitari videatur actionem principalem, ùt colligit ex *l. 11. §. 1. 2. 3. l. 13. §. 3. 4. & 5. ff. eod.* Sed fortè non alia ex cauſa, quàm, quia de his tam in delatione, quàm præſtatione mentio fieri ſolet; aliàs enim vix erit, ut hac actione (ſecùs, principali, ſeu priore) experienti aliter iſthæc adjudicentur, quàm in cæteris actionibus Stricti Juris. Competit ILLI, qui juramentum delatum, vel relatum præſtitit (idem, ſi remiſſum ſit) ac hæredibus, *l. 5. §. ult. l. 6. ff. de jurejur.* Dixi: *Delatum*, ſi enim quis, nemine deferente, juret, neque actione, neque exceptione juvatur, quia ſibi juravit, *vid. l. 3. pr. junctâ l. 9. §. 1. ff. d. t.* Dixi: *Præſtitit*, ſcilicet eo modo, quo delatum fuit, *vid. d. l. 3. §. ult. l. 4. & 5. pr. ac §. ult. ff. d. t.* Deferri autem poteſt omnibus, qui poſſunt ſibi acquirere, & naturam juramenti intelligunt, adeóque etiam pupillis, minorennibus, *arg. l. 26. pr. ff. d. t.* ſi ſermo ſit de extrajudiciali; nam in judiciali requiritur legitima perſona ſtandi in judicio, *arg. l. 34. §. 2. ff. d. t.* Contra ILLUM, qui juramentum detulit, ejúſque hæredes, *l. 9. §. fin. l. 10. ff. eod.* Deferre, vel referre poteſt, qui tranſigere, ſeu alienare, vel, quod idem eſt, qui habet liberam rerum adminiſtrationem cum facultate alienandi, *arg. cit. l. 2. ff. d. t. Voët. ibid. num. 8.* Sæpiuſculè de relatione memoratum eſt, quod etiam de extrajudiciali intellectum volumus, *arg. d. l. 38. ff. eod.* Neque turbant verba Pauli in *l. 17. princ. ff. d. t. Jusjurandum*, inquit, *quod ex conventione extra judicium defertur*, *REFERRI NON POTEST.* Supple ex aliqua neceſſitate, uti fit in judiciali, quod vel præſtandum, vel referendum: ita, ut ſenſus ſit, non poſſe referri eo modo, quo judiciale, quia hoc ex quadam neceſſitate, illud verò ex mera libertate referri poteſt. (a) Inde fluit, quòd etiam in omnibus cauſis deferri poſſit, quæ ſunt ſub patrimonio litigantium, *arg. l. 3. §. 1. ff. d. t.* Adeóque non obtinet hoc jusjurandum in criminalibus criminaliter intentatis ad pœnam corporis afflictivam à Reo præſtandum, quia non eſt dominus ſuorum membrorum: Nec etiam in matrimonialibus, quia non eſt in li-

(a) Quid hoc? Nónne nos ipſi *num. priori verſ. controvertitur*, negavimus in extrajudiciali obtinere relationem? Negavimus, id eſt, ex quadam neceſſitate, & regulariter, non tamen abſolutè. Ibi quippe ſermo erat de actionis juratoriæ nativitate ex *l. 8. C. de R. C.* quæ ideo de juramento judiciali eſt intelligenda, quia fit mentio & ſimilitudo ad actionem judicati. Quo etiam collimat *l. 9. C. d. t.* quæ certè loquitur de juramento judiciali.

Digitized by Google

libertate partium, facere ex matrimonio valido invalidum, vel ex invalido validum, niſi ſit invalidum ex defectu conſenſûs, qui ſuppleri, & ita matrimonium validari poteſt.

54 His omnibus concurrentibus jubetur deferens præſtare id, quod alter juravit, ſibi deberi cum fructibus, & acceſſionibus, prout juratum eſt, *l. 11. §. 1. ff. d. t.* Rogas, num delatio, ab uno correorum facta, reliquis noceat? Videtur, quòd non, paritate deducta à pacto remiſſorio, quod non nocet, niſi remittenti, *l. 27. ff. de pact.* Dicendum tamen nihilominus nocere, quia jusjurandum hoc habetur inſtar judicii, *l. 26. §. fin. l. 35. §. 1. ff. de jurejur.* Lite autem ab uno ex correis conteſtata, reliquos, veluti quadam præoccupatione, ab agendo eſſe excluſos, patet ex *l. 16. ff. de duob. reis. conſtit. l. 31. §. 1. ff. de novat.* jungatur Voët. *ff. ubi ſupra num. 21.* Manet nihilominus ſalva adhuc prior Actio: Non enim aſſentiri poſſumus iis, quibus hæret opinio, juramentum habere vim novationis, adeóque priorem actionem tollere; cùm tamen novatio ſine expreſſa mentione non ampliùs inducatur, *l. ult. C. de novat.* Et dein qualis exinde iniquitas; dum ſæpè actioni Bonæ fidei, quæ præceſſit, actio hæc, quæ ſtricti juris eſt, & non, ùt quidam volunt, qualitas adjectitia, cum non exiguo jurantis incommodo, ſubſtitueretur? Colligitur inſuper hæc ſententia apertiſſimè ex *l. 13. §. 3. & 5. ff. d. t. & l. 7. §. 7. ff. de publ. in rem act.* ubi juramentô præſtitô prior actio competere dicitur. Neque dicas cum *Huber. b. num 15.* his textibus hoc probari, quod maneat prior actio, ejúsque formula retineatur, addita mentione jurisjurandi, ut Actor onere probandi ſublevetur: Nec enim, pergit, prorſus nova actio jurejurando fundata eſſe poteſt, quia non rarò datur, etſi non ſit juratum, jurejurandô ſcilicet remiſsô, *d. l. 9. §. 1. ff. de jurejur.* (a) Verùm, neque hìc diſcurſus placet; ſiquidem ju-

(a) Contendit itaque *Laud. Author*, actionem juratoriam non eſſe novam planè actionem, ſed tantùm qualitatem actioni principali, ſeu præcedenti ſuperadditam, ad exemplum actionis de peculio, de in rem verſo, inſtitoriæ, exercitoriæ &c. adeóque etiam juxta earum naturam vel bonæ fidei, vel ſtricti juris. Favere videtur huic opinioni *l. 13. §. 3. & 5. ff. de jurej. l. 7. §. 7. ff. de publ. in rem act.* Verùm in *d. l. 13.* nil aliud dicitur, quàm quòd adhuc maneat prior actio, qua jurans, ſi velit experiri poteſt, quæ eſt noſtra ſententia. Legem *7. §. 7.* quod attinet, impugnat ipſum Huberum, qui, ubi nobiſcum negat fieri novationem pro ratione *verſ. Quid ſi addamus.* adducit, & benè! iniquum fore, ſi conditio jurantis fieret deterior, ſubſtituta non rarò actioni bonæ fidei, actione ſtricti juris. Atqui etiam juxta opinionem Huberi in præſenti quæſtione conditio jurantis fieret deterior; ſiquidem ante juramentum delatum & præſtitum habuit utique actionem publicianam contra quemcunque jure infirmiori poſſidentem; præſtitò verò juramentò tantùm poſſet agere publiciana con-

tra

Digitized by Google

juramentum, quod ſpeciem transactionis præſefert, eſt hoc ipſo nova conventio, hinc etiam producit novam obligationem, novámque Actionem. Oppones cum iis, qui novationem inductam volunt, textum in *l. 26. §. fin. ff. eod.* ibi Paulus: *Jurisjurandi conditio ex numero eſſe poteſt videri NOVANDI DELEGANDIVE.* Reſpondetur cum *Hub. ubi ſupra*, qui, novationem non fieri, nobiſcum ſentit, verbum *videri* improprietatem deſignare. Deinde ideo dicitur fieri quædam novatio, ſaltem impropria, quia priori actioni nova actio adjungitur, *arg. l. 29. ff. de nov. & l. 139. pr. ff. de R. J.* Neque plus præſidii invenies in *l. 30. pr. ff. de jurejur.* ubi præſtitô juramentô in iis, quæ inficiando creſcunt, negatur ampliùs competere prior actio in duplum, dicitúrque, *hoc judicio non principalem cauſam exerceri, ſed jusjurandum Actoris conſervari.* Hoc & nos admittimus, hoc judicio nempe non duplum, ſed ſimplum acquiri, & ſi eo agatur non in duplum, ſed in ſimplum agi. Non tamen evincit textus, priorem actionem eſſe ſublatam.

Difficilius litigium ſupereſt, utrùm cauſa, jurejurandô delatô, ac præſtitô deciſa, poſſit retractari? Utraque ſententia ſuis gloriatur Patronis. Negantes ajunt (I.) Juramentô præſtitô, non quæritur an debeatur, ſed, an juratum ſit, *l. 5. §. 2. ff. de jurejur.* adeóque non ampliùs ſupereſt quæſtio perjurii. (II.) Diſtinguit Cajus in *l. 31. ff. d. t.* inter neceſſarium, & voluntarium; ibi concedit, hic negat in verbis: *Quòd ſi aliàs inter ipſos jurejurando transactum ſit negotium, non conceditur eandem cauſam retractare.* Conſonat (III.) textus apertus in *l. 1. C. de R. C.* ubi *Cauſa jurejurando* (voluntario) *deciſa nec prætextu perjurii retractari poteſt.* Æquè facit (IV.) quòd juramentum majorem authoritatem habeat, quàm res judicata, *l. 2. ff. de jurejur.* &, ſi ſubſequatur ſententia, non detur deferenti provocatio, videatur ratio in *l. 12. §. 3. Cod. de Reb. Cred.* Affirmantibus impensè favet *l. fin. C. eod.* ubi, ſi quis, altero deferente, juraverit, legatum ſibi deberi, poſtea manifeſtè apparuerit, nihil eidem ſuiſſe relictum, permittit Imperator legatum ab eo repeti, ob rationem,

tra illum, qui juramentum detulit, ut velle videtur Ulpianus in *d. l. 7. §. 7.* conſequenter per juramentum prior actio reſtringeretur, non ſine præjudicio jurantis. Hinc non poteſt textus aliter intelligi, quàm quòd maneat actio publiciana, ita tamen, ut, ſi juramenti actor mentionem fecerit, non poſſit agere contra tertium. Hic autem nihil habetur, quod non poſſit agere actione alia planè diſtincta, nempe juratoria ex plane ſeparata conventione, ſeu quaſi tacita transactione orta. Hinc non officit, quòd detur etiam juramento non præſtito, ſi ſcilicet fuerit remiſſum; Nam ſemper manet ratio tacitæ conventionis, quæ ad actionem juratoriam ſufficere, patet ex actione perſonali ex teſtamento, quæ competit, etſi nullum ſit conditum teſtamentum.

eámque generalem, *Ne, cui ex delicto impium ſibi lucrum afferre, noſtris legibus concedatur.* Accedit, quòd tam transactio dolò inita (*vid. l.65. §. 1. verſ. fin. autem. ff. de condict. indeb. l.5. C. de dol. mal.*) quàm res judicata, ex falſis teſtibus, aut inſtrumentis deciſa, poſſit reſcindi, *l.33. & 75. ff. de re jud.* Vide ſis, num poſſis, te, recepta à multis diſtinctione inter perjurium materiale, ubi quis ignoranter, & formale, ubi ſcienter falsò juravit, extricare; atque in priori caſu Negantibus, in poſteriori verò Affirmantibus accedere: Niſi fortaſſis te retrahat Ulpianus in *l. 21. ff. de dol. mal.* ubi ad quæſtionem ſibi propoſitam, de perjurio approbato, Labeonis ſententiam, quæ de dolo actionem dabat (adeóque ſupponendum perjurium formale) refutat, ſequitúrque Pomponium, & Marcellum negantes, *quia per jusjurandum transactum videtur, ſtari enim religioni debet.* Cui tamen ſatisfacies reponendo, hoc non debere intelligi de dolo, in ipſo juramento commiſſo, ſed poſtea ſuperveniente, ſeu in ipſa re contento, de quo vid. *l.36. ff. de V. O.* aliàs enim textus nimiùm probaret, dum ſequeretur, neque transactionem, dolô initam, poſſe reſcindi, veluti conſideranti patebit.

55 Ultima Actio, huc reducibilis, eſt denique Actio de Eo, QUOD CERTO LOCO. Quæ eſt *Actio, quâ id, quod ex negotio ſtricti juris debetur, in alio loco, facta tamen mentione loci, in qua ſolutio facienda eſſet, petitur, vid. §.33. b. verſ. propter quam cauſam. l. 1. ff. de eo, quod cert. loc.* Eſt Perſonalis, Prætoria, Rei-perſecutoria, Perpetua. Dixi in definitione: *Actio.* Non nova, ſed potiùs nova qualitas Actioni principali à Prætore adjecta, vi cujus Actio Stricti juris, quæ ob ſtrictos, quibus circumſcribitur, terminos, de jure civili alibi, quàm in loco convento, inſtitui non poſſet, ad alium locum beneficiô Prætoris extenditur. Unde tot ſunt ſpecies Actionis de Eo, quod certo loco, quot numerantur Actiones Stricti juris: Videbatur enim Prætori æquum, imò neceſſarium, has actiones ad alium locum extendere, ne creditor jure ſuo fruſtraretur: ſiquidem debitor ſtudiô locum ſolutioni deſtinatum evitare poſſet, quo caſu de Jure Civili, quo cautum eſt, ut Judex terminos conventionis egredi nequeat, creditori non eſſet proſpectum, quia Judex in alio, quàm conventionis loco, condemnare non poteſt. Hinc etiam patet *primò*, hac actione opus non eſſe in contractibus bonæ fidei, quia illorum actio non eſt reſtricta ad terminos conventionis, adeóque Judex ex ipſius actionis natura in alio etiam loco condemnare valet, *l. 7. pr. ff. d. t. Hopp. ad cit. §.33.* Patet *ſecundò*, debuiſſe Prætorem hanc actionem, ſeu qualitatem, arbitrariam facere, id eſt, dare Judici poteſtatem, ut (& quidem ſine prævio juſſu, ac ſtatim ab initio, hinc dicitur

Digitized by Google

arbitraria irregularis) rationem loci habere, atque debitorem ad plus, vel minus, prout ejus, vel creditoris ob diverſa rerum pretia, vel pecuniarum valorem intererit, condemnare valeat, *d. §. 33. l. 3. ff. eod. Continet enim hæc Actio*, inſit Ulpianus in *l. 2. pr. ff. de eo, quod cert. loc. utilitatem tam Actoris, quam Rei:* Hinc, *ſi rei intereſt, minoris ſit pecuniæ condemnatio, quàm intentatum eſt, aut, ſi Actoris, majoris pecuniæ fiat.* Neque dicas, abſurdum eſſe, moram alicui fieri proficuam, *arg. l. 173. ff. de R. J.* Nam hæc utilitas non obvenit debitori ob moram, ob quam potiùs tenetur ad intereſſe, ſed ratione loci, quatenùs fortè valor pecuniæ, vel alterius rei ibidem longè aliter ſe habet; ſiquidem mora non tollit jus, conventione quæſitum, utilitatem ſcilicet loci, ſed tantùm in futurum nocet, *l. 23. ff. de V. O. & 38. ff. de uſur.* Unde vel maximè opus eſt arbitriô, vel officio Judicis, de quo vid. Laud. Ulpianus in *d. l. 2. §. ult. junct. d. l. 4. §. 1. ff. d. t. Lauterb. ibid. §. 9. & 10.* Patet *tertiò*, hanc actionem (quidquid contrà doceat *Zoëſ. ff. de eo, quod cert. loc. n. 14.*) non fieri arbitrariam ratione temporis, cùm hic auxiliô Prætoris opus non fuerit, non enim uti locum, ita tempus, quod etiam invito debitore veniet, evitari poteſt; adeóque jam præſtò eſt Actio ordinaria ex ipſo contractu; nam ante adventum diei non debetur, *l. 42. ff. de V. O.* ſi verò debitor moram commiſerit, ipſa actione principali ad intereſſe agitur, *l. 114. ff. d. t.* de qua etiam intelligenda *l. 4. ff. de eo, quod cert. loc.*

Dixi: *Quâ id.* Succurritur itaque hac actione creditori, cui în 56
certo loco ex contractu ſtricti juris debetur, ac ejus hæredibus contra eum, qui ita debet, atque ejus hæredes; non item contra fidejuſſorem, niſi ipſe ſit in mora, *arg. l. 54. pr. ff. locat. & l. 8. ff. de eo, quod cert. loc.* Jungatur Stryck. *ibid. §. ult.* latiùs *Voët. ff. ad d. t. num. 3.* quem omninò vide; &, ſi placet ſequere. Dicitur equidem in *l. 88. ff. de V. O.* mora principalis nocere fidejuſſori, ſed hoc non eſt intelligendum quoad obligationem augendam, niſi debitum unà cum intereſſe, vel uſuris in ſe ſuſceperit, *arg. l. 24. §. 1. ff. de uſur.* ſed tantùm quoad perpetuandam, ita, ùt, ſi res, morâ à principali debitore commiſsâ, pereat (etſi caſu) etiam fidejuſſor, quamvis moram nullam commiſerit, teneatur. Contradicit cum aliis *Hub. ff. de eo, quod cert. loc. num. 5.* ubi, licèt admittat, æſtimationem ejus, quod intereſt, non contineri in obligatione, ſed officio Judicis venire, nihilominus fidejuſſorem condemnandum exiſtimat. Dixi notanter: *Ex negotio ſtricti juris:* Nam in contractibus bonæ fidei hac actione opus non eſſe, ſuperiùs notatum fuit. Dixi: *In alio loco:* Non tamen quocunque, ſed ubi aliàs Reus forum domicilii, vel quaſi ſortitur, *arg. l. 19. §. ult. ff. de jud.* ita limita, ac civiliter intelli-

ge *l. 43. ff. d. t.* quam explicat, *Voët. d. l. n. pen.* (a) nec non *l. 27. ff. de condict. ind. cum ſimilibus.* Solidè *Thom. contra Hab. loc. mox cit. num. 1.* excederet enim Prætoris æquitatem, ſi reus quocunque loco conveniri poſſet: Imò ejus conditio per hoc, quòd certum locum adjecerit, fieret deterior, cùm loco non adjecto alibi, quàm in foro competenti conveniri nequeat, ùt omnes fatentur. Quid, ſi plura loca ſolutioni ſint adjecta? Si disjunctivè v. g. vel *Viennæ, vel Salisburgi ſolvam*, electio eſt penès primò venientem, id eſt illius, qui primus eſt in petendo, vel offerendo, *l. 2. §. 3. ff. de eo, quod cert. loc.* Morâ tamen commiſsâ, ceſſabit reſpectu moroſi jus electionis, *arg.* eorum, quæ habet *Voët. ubi ſupra num. 4.* Secùs eſt, ſi debeantur duæ res disjunctivè, ubi electio ſemper debitoris eſt, *d. l. & §. arg. l. 70. ff. de R. J.* Ratio diverſitatis eſt, quòd, ſi ratione loci electio abſolutè eſſet penes debitorem, poſſet in uno loco conventus eludere ſolutionem, dicendo, ſe malle in alio loco conveniri. Si plura loca adjecta ſint conjunctim, putà: *Salisburgi, & Viennæ 100. ſolvam*, in quolibet loco media pars ſolvenda eſt, *cit. l. 2. §. 4. ff. d. t.* Dixi: *Facta tamen mentione loci &c.* Hâc quippe omiſsâ, Actor exceptione plus petitionis repelleretur, *d. §. 33. b. verſ. locô plus petitur.* Dixi denique: *Petitur.* Et quidem per ſe loquendo, morâ primùm à debitore commiſsâ, *arg. d. l. 2. §. 6. ff. de eo, quod cert. loc.* aliàs enim debitor juſtè excipiet, diem nondum veniſſe, adeóque neque hoc, nec alio locó deberi, *arg. l. 213. ff. de V. S.* vid. in hanc rem moderamen, quod præſcribit Venulejus in *l. 137. ff. de V. O.* Nolim tamen, hoc textu decipiaris, dum legis, debitorem, qui Epheſi dare ſpopondit, *ubique poſſe ſolvere:* nam ſubintelligendum, creditori non invito, vel additô eô, quod intereſt, ùt optimè advertit *Voët. d. l. n. 7.* De uſu hodierno hujus Actionis vid. *cit. Stryck. ubi ſupra §. 1.* Satis de Actionibus Prætoriis ex facto licito. Ex facto illicito rurſus Aliæ ſunt Rei-Perſecutoriæ, aliæ Mixtæ, aliæ purè Pœnales: Rei-Perſecutorias, & Mixtas exponet

§. II.

(a) Ubi probè advertit, quòd, eſto in obligationibus dandi agatur in alio loco actione arbitraria, ex hactenus dictis; in obligationibus faciendi tamen in certo loco v. g. Capuæ ædificandi, agi quidem poſſit in alio quocunque (competenti tamen) loco ad intereſſe, ſed actione directa, nimirum ex contractu, non arbitraria. Ratio diverſitatis eſt, quia res certo loco danda alio transferri, ibique dari poteſt; ſed ædificium certo loco exſtruendum alibi fruſtra ponitur, ſeu ædificatur; hinc alibi exſtruens in nihilum liberatur. *l. 2. §. 7. ad fin. ff. de eo, quod cert. loc.* Jungat. §. 5. *ff. d. l. 7. l. 95. l. 115. pr. ff. de V. O.*

Digitized by Google

§. II.

De Actione Doli, quod Metûs Cauſa, & Servi Corrupti.

ACTIO DOLI MALI eſt *Actio Prætoria Perſonalis, qua dolo deceptus* 57 *agit adversùs decipientem, ut damnum, dolo datum, reparetur.* Hic notanda ſunt ejus prædicata. Et eſt (I.) Arbitraria verè talis, quatenus, ſi Reus Judicis juſſui non paruerit, condemnatur in id, quanti Actor in litem juraverit, ita tamen, ut jusjurandum officiô Judicis, ejúsque taxatione refrænari poſſit, veluti ſaluberrimè monet Paulus in *l.18. pr.ff. de dol.mal.* Quid autem, ſi manifeſtum ſit, reſtitui non poſſe, tunc utique ceſſabit prævium arbitrium; & ſtatim ſequetur condemnatio in id, quod intereſt? Ita eſt, & ita vult JC. in *d.l.18. §.1.* Sed quid tum? Ergo replicabis, eſt tantùm arbitraria irregularis, veluti Actio quod certo. Hoc negamus, quia tantùm per accidens contingit, ſi mox appareat, rem non poſſe reſtitui: quæ autem per accidens ſe habent, non immutant naturam rei. Eſt (II.) *Subſidiaria*, cùm regulariter non habeat locum, ſi alia actio ſuppetat, *l.1.§.1.ff.d.t.* in verbis Edicti: *ſi de his rebus alia actio non erit.* Conſonat reſcriptum Antonini in *l.2.C.d.t.* *De dolo actio*, inquit, *cum alia nulla competit, causâ cognitâ, permittitur.* Rationem ſubminiſtrat Ulpianus in *d.l.1. §.4. Quoniam famoſa Actio non debuit temerè à Prætore decerni, ſi ſit civilis, vel honoraria, qua poſſit experiri.* Dixi: *Regulariter.* Nam quandoque etiam cum alia concurrit, & quidem imprimis, ſi alia actione, quæ fortè competit, dolus vindicari nequeat; & ita concurrit cum actionibus tum ſtricti juris, quippe earum rigor non admittit, ut in illis habeatur doli ratio, quò ſpectat *l.19.ff. l.23.ff.d.t.* cum arbitrariis, quia in his dolus non vindicatur, huc ſpectat, *l.14.§.13.ff.quod met.* Deinde concurrit, quoties etiam altera actio famoſa eſt, quia hic ceſſat ratio Prætoris. Hinc concurrit cum actione mandati, *l.1.C.de dol.mal. junctâ l.59.§.1.ff.mand.* Item cum actione pro ſocio, *l.20. ff.de dol.mal.* & demum, ſi altera Actio ob inopiam debitoris ſit inefficax, quò ſpectat caſus in *l.5.& l.7.pr.ff.d.t.* Aut poſtremò, ſi dubium ſit, num alia ſuffragetur actio, ùt in terminis obſervat Labeo apud Ulpianum in *d.l.7.§.3.ff.de dol.mal.* Addatur *Cocccj.ff.eod.quæſt.8.* Aliter hos textus intelligit *Voët.ibid.num.14. & ſeqq.* quem vide. Eſt ulteriùs *Famoſa*, id eſt, infamiam irrogans, ex dictis. Eſt denique *Biennalis*, & quidem ita, ut debeat intra biennium inſtitui, ac inſtituta, non, velut aliæ, litis conteſtatione perpetuetur, ſed debeat intra bien-

 nium

nium etiam finiri, *l. fin. C. de dol. mal.* poſt biennium itaque agendum erit actione in factum, in quantum alter eſt factus ditior, quæ eſt perpetua, *l. 28. §. fin. ff. d. t. Voët. ff. eod. num. 12.* Cæterùm, hanc actionem competere dolô decepto, ejúsque hæredibus, ipſa definitio innuit, & probatur ex *l. 13. pr. ff. eod.* modò non fuerit ſumma levis, id eſt, usque ad duos aureos, *vid. l. 9. §. fin. l. 10. & 11. pr. ff. d. t.* Datur adversùs decipientem, non etiam contra ejus hæredes, cùm famoſa ſit, adeóque temperanda eſt, & omiſſa mentione doli, actione in factum (in quantum ad eos pervenit, *l. 17. §. 1. ff. d. t.*) ex dolo defuncti agendum, *arg. l. 28. in fin. ff. d. t.* Nec aliter intelligas, *l. 13. pr. l. 26. & 27. ff. eod.* Mitiganda eſt quoque propter qualitatem perſonæ, ut, dum liberi contra parentes (ſi tamen poſt *l. ult. C. qui & adverſ. quos*, agere poſſunt) liberti contra patronos, vilis contra perſonam honeſtam experiri velint, ita meritò Ulpianus in *l. 11. §. un. ff. eod.* Quid, ſi contrahentes ſe invicem deceperint? Dolus dolô compenſatur, *l. 36. ff. d. t.* Facit huc illud Poëtæ *lib. 3. de art. amand.*

Judice me, fraus eſt conceſſa repellere fraudem,
Armáque in armatos ſumere jura ſinunt.

Dolus autem probetur, oportet, *l. 15. §. ult. l. 16. ff. d. t.* *Nam niſi ex magna, & evidenti calliditate, non debet de dolo Actio dari*, ita cavet Laud. Ulpianus in *l. 7. §. ult. ff. d. t.* Effectus hujus actionis elucet ex dictis.

58 ACTIO, QUOD METUS CAUSA, Eſt, *qua metum paſſus, rem rem metu extortam, à quocunque poſſeſſore repetit, vel in caſum contumaciæ quadruplum.* Ejus prædicata ſunt, quòd ſit Prætoria, *l. 1. pr. ff. quod met. cauſ.* Perſonalis, *§. 31. b.* cùm oriatur ex delicto, (a) in rem ſcripta, *l. 9. §. fin. ff. quod met. cauſ.* Arbitraria, *l. 14. §. 4. ff. d. t. & cit. §. 31. b.* ſuâpte naturâ Rei-perſecutoria, ex accidenti verò, nempe ſi concurrat contumacia, Mixta, videlicet in quadruplum, cui ſimplum ineſt, *l. 14. §. 10. ff. eod. arg. l. 9. §. 6. ff. d. t. Hopp. ad §. 25. b.* Quoad ſimplum Perpetua, quoad pœnam tripli Annalis.

Sed hujus Doctrinæ nexum interrumpunt, qui contendunt, actionem hanc de ſe Mixtam eſſe, & per accidens Rei-perſecutoriam, putà, ſi poſſeſſor ſtatim, & ſine ulla contumacia rem reſtituat. Huic opinioni impensè patrocinari videtur, tum textus in *§. 27. b.* ubi Imperator Actionem quod metûs cauſa à cæteris pœnalibus, ſeu mixtis differre dicit, quòd ejus natura tacitè contineatur, ut, ſi quis juſſu Judicis rem reſtituat, abſolvatur: Conſequenter de ſe, & ſuâpte naturâ, ad exemplum

(a) Seu potiùs occaſione delicti, nempe metûs, ùt mox infra videbimus.

Digitized by Google

plum aliarum actionum pœnalium, jam pœnam, à qua Reus ſtatim reſtituendo ſe liberat, in ventre gerit. Tum *in d. l. 14. §. 11. ff. d. t.* ibi: *quia tripli pœna propter facinus ſatisfacere cogitur.* Tum etiam ratio deſumpta ex *l. 4. §. 33. ff. de dol. mal. & met. except.* quòd delictum, metu illato admiſſum, jam ipſi rei inhæreat, & quemcunque poſſeſſorem ſequatur: Nec etiam attenditur, quis metùs causâ fecerit, ſed præcisè, num metus illatus ſit, Triplum itaque eſt pœna ipſius metûs, quam tamen quis effugit, ſi ſtatim reſtituat. Siſterent iſta quodammodo gradum, & aliquid impetrarent, niſi noſtrum callem premeret ipſe Ulpianus in *d. l. 14. §. 3. ff. eod.* ubi, poſtquam explicuit, dari contra quemcunque poſſeſſorem, etſi metum non intulerit, ita proſequitur: *Nec cuiquam iniquum videatur ex alieno facto, alium in quadruplum condemnari, quia NON STATIM QUADRUPLI EST ACTIO, SED, SI RES NON RESTITUATUR.* Ex quibus ſatis conſtat, initiò agi in ſimplum, quadruplum autem primùm ſequi ex prævia contumacia, adeóque, ſicut omnes aliæ actiones ex conſequenti pœnales, tantùm per accidens, ſuppoſitô nimirum, quòd præceſſerit contumacia, pœnam in ventre gerere. Profectò vix benè ageret Actor, ſi diceret: *Peto, ut poſſeſſor in quadruplum condemnetur*, ſed ita formare debet libellum: Peto: *ut poſſeſſor rem, metu extortam* (qui eſt finis principalis) *reſtituat, vel in caſum demum contumaciæ quadruplum ſolvat.* Neque plus evincunt rationes contrariæ. Siquidem *§. 27.* nobis potiùs, quàm Adverſariis favet, hoc ipſo, quòd dicatur ibi, naturam hujus actionis (utique intrinſecam) eſſe, ut, ſi reſtituat, evadat pœnam quadrupli, ob contumaciam aliàs impoſitam. Deinde eodem modo dicit Imperator, differre actionem quod metûs causâ ab aliis actionibus in quadruplum, quo diſcriminari, ait, actionem Legis Aquiliæ, & Depoſiti ab aliis actionibus in duplum, uti legenti *d. §. 26. & 27.* planum fiet, atqui iſtæ ab aliis in eo differunt, quòd illæ de ſe ſint in duplum, iſtæ verò tantùm per accidens, & primùm accedente inficiatione; conſequenter idem dicendum de actione quod metûs causâ, reſpectu aliarum actionum in quadruplum. *L. 14. §. 11.* expreſsè ſupponit contumaciam, cùm fuerit ſecuta condemnatio in quadruplum: hinc non videtur, cur per ly FACINUS magis ſit metus, quàm contumacia, intelligendus, *arg. cit. l. 14. §. 1. 3. & 4. ff. d. t. Voët. ibid. num. 7.* præſertim, cùm Actio hæc non ex metu immediatè, ſed; veluti omnes actiones in rem ſcriptæ, ex æquitate naturali naſcatur, ita, ut metus ſit potiùs occaſio, quàm cauſa effectiva hujus actionis eo modo, quo diſcurrimus ſuperiùs de Actione Pauliana: aliàs

Digitized by Google

aliàs enim durum foret, illam extendere contra quemcunque poſſeſſorem. (a)

59 Dari metum paſſo, & hæredibus contra metum inferentem (contra hæredes, in quantum ad eos pervenit, *l. 16. §. 2. l. 17. & 19. ff. eod.*) & quemcunque poſſeſſorem (refusô tamen juxta *l. 3. & 4. C. d. t. Voët. ubi ſupra n. 9. vid. Theſ. Jur. d. t. n. 37.* pretiô) ac quoad triplum intra annum, non eget ampliùs explicatione. Contra illum tamen, qui metum intulit, ejúsque ſucceſſores, quatenus eſt Rei-perſecutoria, Perpetua eſt *d. l. 14. §. 1. ff. d. t.* Contra tertium Bonæ fidei poſſeſſorem longo tempore, quo nimirum res uſucapi ſolet, extinguitur, *arg. l. 3. C. eod.* Si plures metum intulerint, ſolutione unius reliqui liberantur, *l. 14. §. fin. ff. quod met. cauſ.* quod rurſus probat, ex natura ſua eſſe Rei-perſecutoriam, aliàs enim unius ſolutio reliquos non liberaret, *arg. l. 7. §. fin. l. 8. & 9. ff. de jurisdict. juncta l. 11. §. 2. ff. ad L. Aquil. vid. Lauterb. ff. quod met. cauſ. §. 30.* Illud meritò ſcire cupis, cur hæc actio etiam contra tertium extendatur, cùm tamen actio doli ad decipientem ſit reſtricta, *l. 15. §. fin. ff. de dol. mal.*? Imprimis, quia Actio doli infamat, hæc non item: In illa dein agitur ad pœnam doli, in hac ad ipſam rem. *Hub. ff. d. t. n. 7. vid. Lauterb. ff. quod met. cauſ. §. 30.* Illud quoque ex dictis planum eſt, debere probari metum, & poſſeſſionem, ſeu, præter læſionem juris, detentionem reſpectu illius, qui hac actione convenitur, ut exinde condemnari poſſit ad reſtitutionem, vel in caſum contumaciæ in quadruplum. In dubio ſiquidem metus non- & vel minimè in Civitatibus, aut, præſentibûs Amicis, præſumitur, *vid. l. ult. pr. ff. d. t. l. 35. C. de transact.* Quid ſi res caſu periit? Si poſt contumaciam, ſed antevel

(a) Ratio deſumpta ex *l. 4. §. 33. ff. de dol. mal. except.* prorſus vagatur extra oleas. Siquidem in hoc textu de pœna tripli nihil habetur, ſed tantum datur ratio, cur non ſufficiat exceptio doli generalis etiam occaſione metûs incuſſi competens, quia nimirum illa in perſonam, quæ dolum commiſit, concepta eſt, exceptio metûs econtra in ipſam rem, quiscunque demum commiſerit. Jam probandum reſtat, quòd non tantum metus rei inhæreat, ſed etiam ipſi metui pœna tripli ſit annexa, tranſeátque ad quemcunque poſſeſſorem, id, quod ex hac lege per quemcunque Philoſophiam deduci nequit: Cauſa productiva tripli eſt contumacia: metus verò ſe habet occaſionaliter. *citt ſupra tt.* Petulanter hic & nimia ſui præſumptione, ac confidentia elatus inſurgit Bachov. *ad § 1. h. t. num 9.* & in Anton. Fabrum ſic (ut nimis indiſcretè) invehitur: Sed longè (inquit) ineptior, & planè ridiculus eſt (Faber) quòd negat, actionem, quod metus cauſa eſſe ex delicto, ex ridiculiſſima ratione, quòd delictum non admittatur in volentem, cum etiam coacta voluntas ſit voluntas; turpiſſimo, & puerili errore, quem caſtigant pueri, qui principia Ethica à limine ſalutârunt; nam qui metu agit, vult quidem minus malum, ut majus evitet; minimè tamen vellet, ſi liber eſſet, & contrarium permiſſum. Quis negabit, latronem, qui

Digitized by Google

vel etiam poſt condemnationem, ac quadrimeſtre, quod in *l. pen. & ult. C. de uſur. rei jud.* judicatis datur, tenetur poſſeſſor ad quadruplum: ſi verò poſt condemnationem, ſed intra inducias quadrimenſtrales, tenetur ad triplum ob contumaciam; à rei reſtitutione autem, ſeu ſimplo liberatur, cùm non fuerit in mora. Limita, ſi metum paſſus probare poſſit, non fuiſſe apud ſe perituram. Colliges iſta ex *d. l. 14. §. 5. & præſertim 11. ff. d. t. & ex Hub. ibid. num. 4. circa fin.* Illud fortè non capies, quòd JC. in *l. 18. ff. de dol. mal.* dicat, in hac actione, uti in illa de dolo, non eſſe adjectam quantitatem, ſed arbitriò Judicis relictam, cùm tamen in actione, quod metûs causâ quadruplum expreſſum ſit? Eſt quidem quadruplum expreſſum, ſed quomodo æſtimatio ſimpli in quadruplum redigendi facienda ſit, arbitrio Judicis remittitur, *vid. l. 12. pr. l. 14. §. 7. ff. eod.*

ACTIO SERVI CORRUPTI, *Eſt Actio Prætoria Perſonalis, qua* 60
ille, qui ſervi mores corrupit, vel quomodocunque deteriores fecit, convenitur, ut duplum damni dati perſolvat, §. 23. h. l. 1. ff. de ſerv. corrupt. Eſt Mixta ſcilicet in duplum, cui ſimplum, ſeu damnum illatum ineſt, & Perpetua etiam quoad pœnam, *l. 13. pr. ff. d. t.* quod eſt quid ſpeciale in odium corrumpentium; quippe alias Actiones prætoriæ pœnales, ex dictis, & ſuo loco dicendis, ſunt Annales, *l. 35. ff. de O. & A.* non tamen, uti contendere vult *D. à Someting b. part. 13. §. ult.* famoſa *arg. l. 5. §. fin. l. 6. & 7. pr. ff. de obſeq. par. & patr. præſt.* Juvat ratio, quòd infamia juris ſine Juris textu non irrogetur, deficiente enim matre, deficit filia. Nec obſtat, quòd hæc actio dolum exigat, nam etiam condictio furtiva dolum ſupponit, famoſam tamen non eſſe, ſatis patet ex *l. 36. ff. de O. & A.* (a) Illud dabimus irrogare infamiam facti, *arg. l. 58. ff. pro ſocio.*

Iii Alia

qui metu mortis quidquam extorſit, delinquere, quia qui dedit volens, minus malum elegit? Faber nil niſi nugas vendit, & errores fundit. Hactenus in ſumma cit. Author. Sed vellem parcius! Fundat errores, vendat nugas Faber! Interim nobis aliiſque paſſim vix non certum eſt, hanc actionem non eſſe ex delicto, ob datam ſuperius rationem; delicta quippe ſuos tenent Authores, non alios. Nec Bachov. quidquam contra probavit, & vix non ipſe ratione deſtitutus ſuum Adverſarium traduxit. Ineptiſſima ſanè eſt inſtantia de latrone, quem delinquere Faber vix negabit; ſed hoc nobiscum contendet, ſi læſus hac actione agat, ſe non in delicto, ſed in æquitate naturali fundare, & petere, ut res metu extorta, quicunque demum poſſideat, ſibi reſtituatur. Quòd ſi ex delicto contra latronem contendere placuerit, ſuppoſita violentia, vel quòd ſit latro, non deerunt ad manus alia remedia cùm publica, tum privata. Neque negamus, metum eſſe delictum; ſicut dolus in Pauliana; ſed actor non in metu, qui occaſio eſt, ſed in æquitate ſe fundat.

(a) Obſtat *l. 3. pr. ff. de ſerv. corrupt.* ibi: Prætor CALLIDITATEM NOTAT. Ita eſt, notat, id eſt, coercet; ſed non irrogando infamiam. Adeòque vult dicere; hoc

Digitized by Google

Alia eſt *Directa*, quæ ex verbis legis deſcendit, adeóque competit, ſi ſervi mores corrupti ſint. Alia *Utilis*, quæ ex mente, ſeu ratione legis emanat, datúrque ob corruptos liberorum, uxoris, & probabiliter famulorum mores, *Stryk. V.M.P. d.t. §. 1.* Maximè quippe noſtrâ intereſt, eos, quorum fide nitimur, non corrumpi. Et quamvis agnoſcamus debitam differentiam inter ſervos Romanorum, & noſtros famulos, cùm illi ad dominium, & conſequenter ad patrimonium pertinuerint, ita, ut per eorum corruptionem etiam illud diminutum quodammodò videretur, quod de familia conductitia, quæ, moribus, ac fide mutatis, dimitti poteſt, non verificatur; attamen neminem fugit, ſæpiùs magnum damnum ab ejusmodi famulis per clandeſtinas machinationes, rerúmque ſubverſiones, donec eorum malitia pateſiat, inferri. Non paveſcimus, *l. 1. §. 1. ff. d. t.* ibi: *ſed nec eum, cui bona fide homo liber ſervit, hanc actionem poſſe exercere, opinamur;* Nam hoc facilè intelligi poteſt de Actione directa, & ratione textûs ſuppoſita, ſi videlicet conductoris non interſit. Ibi in verbis initialibus: *quia nihil ejus intereſt, ſervum non corrumpi.*

Oritur itaque hæc Actio ex obligatione, qua quis ob doloſam morum corruptionem ſe obſtringit; iiſque accommodatur, quorum intereſt, mores non eſſe corruptos: Adeóque in ſpecie Domino, ſi de directa ſit ſermo, *d. l. 1. pr. ff. eod.* Utilis (I.) Fructuario, *l. 9. §. 1. ff. d. t.* (II.) Parentibus *l. 14. §. 1. ff. eod.* (III.) Probabiliter Prælato, ſi religioſi mores fuerint corrupti. (IV.) Marito, *arg. d. l. 14. §. 1.* non item viciſſim, *arg. §. 2. de Injuriis.* (V.) Principibus, ſi Miniſtrorum mores interverſi ſint, *cit. Stryk. d. l. 14. §. 3. 4. & 5.* Num ipſi corrupto? Affirmamus cum *Clariſſ. D. D. Franz h. t. p. 8. ſect. 1. num. 6.* quia ſuâ ipſius omnium maximè intereſt, non fuiſſe ſeductum; hinc procedet argumentum: propter quod unumquodque tale illud magis tale *arg. Auth. multò magis C. de SS. EE.* ſi itaque datur aliis propter corruptum, cur non & ipſi corrupto? Repones ideo, quia volenti non fit injuria: Sed nos replicabimus, exinde tantùm ſequi, non dari actionem injuriarum: Accedit, quòd corruptus non ſimpliciter dici poſſit volens, ſed potiùs per voluptatem, immodicam delectationem, & quamdam vim quaſi coactus, *arg. d. l. 1. §. 3. ff. de ſerv. corrupt.* Ibi: *perſuadere autem eſt plus, quàm compelli, ac cogi ſibi parere.:* ſiquidem perſuadens & trahit, & corrumpit ani-

hoc Edicto (ſed ubi habetur, quòd ſit famoſum?) notatur; parilis locutio habetur apud eundem Ulpianum in *l. 1. §. 3. in fin. ff. eod.* ibi: HOC EDICTO NOTARI quod ſæpè idem eſt, ac reprehendi *l. 9. §. fin. ff. quod met. cauſ. l. 13. in fin. de inoff. teſtam.*

animum, compellens verò corpus tantùm cogit, mentem relinquit in-
tegram: ille vulpem, hic leonem agit, ùt diſſerit *Schamb. ad cit. §.23.
b.pag. m. 157.*
Datur contra corrumpentem, non ultra; quia ex parte corrum- 61
pentis puriſſimè pœnalis eſt. *l. 13. princ. ff. eod.* Nec etiam excipitur
uxor, ſi filiorum mores corruperit: quo caſu tamen, non in duplum,
ſed favore matrimonii ſolummodò in ſimplum competit, *l. 17. ff. eod.*
Datur itaque aliàs in duplum (a) damni dati, facta æſtimatione illius,
quod intereſt, ſervum non eſſe corruptum, *vid. d.l. 14. §. 1. ff. d. t.* ita
quidem, ut etiam æſtimetur id, quod filius vel ſervus fortè abſtulit,
d. §. 23. b. l. 10. ff. de ſerv. corrupt. Exemplum hujus actionis noſtris
moribus optimè quadrans affert *ex Mynſing. memorat. D. D. Franz p. m.
ubi ſuprà num. 10.* de Puella, quam Pater tam benè educaverat, ut facil-
limè 100. matrimonio elocare potuiſſet, à Juvene poſtea quoad mores
ita corrupta, ut vix 1000. aureis occaſionem nubendi invenire poſſit;
quo caſu corruptor ad 2000. aureorum foret condemnandus. Probari
autem debet, mores dolò malô fuiſſe corruptos, id eſt, ex bonis malos,
ex malis pejores, ex pejoribus peſſimos fuiſſe redditos, *d. l. 1. §. 3. & 4.
ff. d. t.* ibi: *ſive ergo bonum ſervum fecerit malum, ſive malum deteriorem,
corrupiſſe videbitur.* Unde vides, hic non agi de deterioratione corpo-
ris, quæ ad Leg. Aquiliam ſpectat; ſed animi, ſeu morum, ut, ſi quis
alterius filium, vel filiam ad pocula, luſus, vel illicitos amores (in quo-
rum ſollicitatores inſurgit Carolina *art. 123.*) animaverit, induxerit, vel
filium ſtudiis deſtinatum ad militiam (quod tamen ad publicos militum
Conſcriptores, quorum hoc officium eſt, non pertinet) trahát *Stryk. loc.
cit. §. 3. vid.* alia exempla in *l. 1. §. fin. & l. 2. ff. d. t.* An ſufficiat cona-
tus? Affirmativa deciſa videtur in *l. 20. C. de furt. & ſerv. corrupt.* & ex
ea deſumpto *§. 8. de oblig. quæ ex delict. naſc.* ubi, qui ſervum ſollicita-
vit, ut furtum committeret, eſto ſervus malum conſilium non fuerit
amplexus, nihilominus ſollicitator ſervi corrupti reus dicitur! Ratio
ibidem redditur, quia *conſilium corruptoris ad perniciem probitatis ſervi in-
troductum eſt, & ne ex hujusmodi impunitate, & in alium ſervum, qui fa-
cilè poſſet corrumpi, tale facinus à quibusdam perpetretur.* Accedit, quòd,
uti ex parte corrumpentis delictum vix non perfectum dici poteſt, ita in

(a) Nec mirum! quis enim ignorat ſervorum erga ſuos dominos audaciam? Bella ſervilia, quibus civitates & oppida direpta ſunt, & ſervorum viliſſimorum exercitibus, digniſque tam infami turba ducibus oppugnata? Viſi ſunt Prætores, Manlii, Lentuli, Piſones, Servilii, & alii non pauci in fugam acti. Nec hodie deſunt exempla, quanta incommoda fex plebis concitaverit. Stupida quippe gens rationi capiendæ impar!

mentem revocandum, *multa Jure Civili contra rationem diſputandi pro utilitate communi recepta eſſe*, eſt monitum JC. *in l. 51. §. unic. in fin. ff. ad Leg. Aquil.* Hanc ſententiam tamen dubiam facit ratio, quòd non videatur, quid ſit duplicandum, ita, ut potiùs dicendum ſit, caſum adductum de furto, cujus occaſio pronior, ac facilior eſt, eſſe ſpecialem, præſertim, cùm æſtimatio rei furtivæ haberi potuerit. (a) Num hodie obtineat adhuc pœna dupli: Non videtur, cur hodie morum corruptores melioris, quàm olim (niſi fortè ob majorem frequentiam, quæ tamen deberet pœnam exaſperare) debeant eſſe conditionis. Jungatur *Hopp. Uſ. Hod. ad d. §. 23.* Hæc de mixtis, Jam de purè pœnalibus.

§. III.

De Actione de Calumniatoribus, Albi corrupti, Injurioſæ in Jus Vocationis, & violentæ in Jus vocati Exemptionis.

62 SUbnectimus tandem Actiones Prætorias purè pœnales, & quidem omnium primò, cùm quandoque ſit mixta, adeóque prioribus ſimilis, actionem de Calumniatoribus. Eſt autem ACTIO DE CALUMNIATORIBUS, *qua convenitur ille, qui committendæ, vel omittendæ calumniæ causâ aliquid accepit, ut quadruplum accepti perſolvat*, *l. 1. pr. ff. de calumniatorib.* Peſſimi equidem exempli, egregiæque malitiæ res eſt, aliquid accipere pro calumnia committenda, vel etiam omittenda, cùm virtutis amore, non pretio conductus, calumnias omittere quivis bonus debeat, *l. 7. §. 3. ff. de pact.* Prædicata hujus actionis ſunt, quòd ſit Prætoria, Perſonalis, quandoque Pœnalis, quandoque Mixta, quoad pœnam Annalis, quoad ſimplum Perpetua, *d. l. 1. pr. ff. de calum.* Quomodo autem, & à quo tempore computandus ſit Annus, traditur in *l. 6. ff. d. t.* Notes tamen velim, locum non eſſe poſt annum huic actioni in iis caſibus, ubi competit condictio ob turpem cauſam, videlicet, ubi ſubeſt turpitudo, uti mox videbimus, tantùm ex parte accipientis, *l. 5. §. 1. in fin. ff. d. t.* Rogas, quando ergo pœnalis ſit, quando Mixta? Si tertius dedit, ne moveatur lis alteri, purè pœnalis eſt; ſi verò dedit, ut moveatur, vel ipſe, cui lis calumnioſè movenda erat, ne moveatur, eſt mixta. Habes caſus: Intendebas mihi calumnio-

(a) De utili profectò vix erit caſus figurandus ob datam ſuperiùs rationem. Directa exinde obtinere fortè poterat, ſi ſervus per tentatam corruptionem morum fuerit ita depreciatus, ut nihil vel notabiliter minus valuerit.

nioſè, ſeu doloſè movere litem: Titius Amicus meus intimus hujus rei conſcius, meíque amore tactus, dedit tibi centum, ne moveas, ne litibus vexes, *vid. l. 233. §. 1. ff. de V. S.* hìc purè Pœnalis eſt, quia Titius Amicus repetit ea, quæ dedit condictione ob turpem cauſam, & inſuper mihi ad quadruplum hac actione conſequendum obſtrictus remanes, *l. 7. pr. ff. d. t.* Sed contra obmurmuras, quòd per condictionem hæc Actio tollatur ſaltem quoad ſimplum, & maneat tantùm quoad triplum, ùt videtur ex Ulpiano in *cit. l. 5. §. 1. ff. d. t.* Nec nos aliter ſentimus, ſi utraque actio eidem competat, non item ſi diverſis, utì in caſu poſito. Fac econtrà in caſu propoſito, memetipſum, vel alium mandatu, vel nomine meo, ùt negotiorum geſtor, illa centum dediſſe: vel Titium tibi dediſſe, ut moveas calumnioſè litem; hìc erit Mixta, quia peto quadruplum, cui ſimplum, quod accepiſti, ineſt; nec enim Titius datum repetere poteſt, *l. 3. §. 3. ff. eod.* cùm etiam ille dando, ut calumnia committatur, turpiter dederit, adeóque ceſſet condictio ob turpem cauſam, *vid. l. 7. pr. ff. d. t.* Dari illi, cui calumnioſè lis moveri, vel non moveri debuit, didiciſti ex mox datis caſibus: Non tamen hæredibus competere putes, quia vindictam, quam defunctus remiſiſſe cenſetur, ſapit: Sufficiat iis, quòd (ſi modum doctrina capiat) habeant condictionem ob turpem cauſam, *l. 4. ff. d. t. arg. l. 2. §. fin. ff. de vi bon. rapt. Schamb. ad d. §. 25. b.* Agitur hac actione contra accipientem, & ejus hæredes ſaltem in quantum ad eos pervenit, *turpia enim lucra*, ait JC. in *l. 5. pr. ff. eod. hæredibus quoque extorqueri, licèt crimina extinguantur, conſtitutum eſt.* Quandoque poteſt accipiens dupliciter conveniri, puta, ſi à me accepiſti, ne mihi moveas, & ab alio, ut moveas litem calumnioſam, *vid. l. 3. §. fin. ff. d. t.* Probari tamen oportet, datum aliquid eſſe ab innocente, ſi enim transactionis gratiâ, de qua vid. *d. l. 1. §. 3.* vel à nocente quis aliquid accipiat, ne accuſet, non hujus actionis, ſed SC. Turpilliani ſe reum facit. Subnectitur

Secundò *Actio Albi Corrupti, qua ille, qui Album Prætoris dolô malô corrupit, convenitur ad pœnam 500. ſolidorum, l. 7. pr. ff. de juriſdict.* 63
Eſt Prætoria, Perſonalis, Pœnalis, Annalis. Datur cuilibet de populo, qui aliàs poſtulare poteſt, *d. l. 7. in fin.* ibi: *Datur in eum quingentorum* (alii legunt quinquaginta) *aureorum judicium, quod populare eſt.* Publicè quippe intereſt, Album Prætoris manere incorruptum, ne aliàs vileſcat Magiſtratûs Authoritas, & Reipublicæ, cujus maximè refert, ejusmodi Edicta fieri, & manere notoria, inferatur præjudicium *arg.* eorum, quæ habet *Schamb. ad d. §. 12. b.* Contra illum, qui dolô malô (ſecùs, ſi per inadvertentiam, ruſticitatem, *d. l. 7. §. 4.* quæ non præ-

Digitized by Google

ſumitur, cùm qualis actus talis animus) Album corrupit, fortè ſcindendo, lacerando, radendo, vel omninò tollendo. Si plures corruperint, omnes tenentur in ſolidum, neque unius ſolutione reliqui liberantur, *vid. d. l. 7. §. fin. l. 8. ff. d. t.* Quid, ſi quis Edictum nondum propoſitum, ſed proponendum corrumpat? Licèt ceſſent verba Prætoris, pugnat tamen eadem ratio, ùt colligitur ex Ulpiano in *d. l. 7. §. 2. ff. de juriſdict.* Quid, ſi corrumpens non habeat in ære? Luat in cute, *arg. d. l. 7. §. 3.* At, quid intelligimus per Album Prætoris? Tabulam illam gypſatam, ſeu dealbatam, in qua Prætor præſcribebat, de quibus rebus eſſet jus dicturus; adeóque proponebatur perpetuæ jurisdictionis conſervandæ causâ: Quò hodie ſpectare poſſunt Mandata, & Programmata, quæ juſſu Magiſtratûs perpetuò ibi manſura affiguntur, *Hopp. U. H. b. ad §. 12.* vid. inſuper *Manz. ibid. num. 7. 8. & 36.* (a) adeóque huc non ſpectant citationes peremptoriæ, vel mandata, quæ pro re nata emanant, & affiguntur, quia hic non tam Reipublicæ, quàm privatis, quorum principaliter intereſt, præjudicatur. *Vinn. ad cit. §. 12.* (ſeu ipſi 13.) *n. 2.* Licèt in eorum corruptores animadvertatur pœnâ extraordinariâ. Illud nondum ſatis conſtat, cui pœna applicetur, num Fiſco, num verò Actori? Actori adjudicare placet, ne gratis invidiæ, ac odio ſeſe exponat, *arg. l. 3. ff. de litigioſ.* ubi in ſimili pro Actore pronunciatur, in verbis: *fortaſſis autem magis Adverſario* (præſtandum) *ut id, veluti ſolatium habeat.* Facit etiam textus in *l. 12. pr. ff. de V. S.* ubi Actio popularis poſt litis conteſtationem in bonis Actoris eſſe dicitur. Addatur tamen *cit. Schamb. ubi ſuprà.* Subnectitur

64 Tertiò ACTIO INJURIOSÆ IN JUS VOCATIONIS, *qua ille, qui injurioſè in jus vocavit, ad pœnam 50. aureorum perſolvendam convenitur.* Eſt Prætoria, Perſonalis, Pœnalis, Annalis. Pro genuino intellectu hujus actionis notandum, inurbanum valdè, imò vix non de ſe injurioſum fuiſſe apud veteres Romanos ritum citandi, dum ſæpiùs obtorto, ùt ajunt, collo Reus Actori fortè obviam factus in jus rapiebatur, per ea, quæ habet (adhibitô tamen prò ſua prudentia moderamine) *Illuſtr. D. D. de Herz p. m. de Magiſtr. l. 1. c. 4. §. 2. num. 15. & 19.* Inde fluit, ùt rurſus probat *Laud. Author cit. tract. lib. 2. c. 2. tit. 2. §. 1. n. 1.* fuiſſe olim quasdam perſonas ab in jus vocatione pro hic & nunc planè immu-

(a) Huc etiam haud dubiè ſpectant Mandata, & Programmata, quæ nocturnos & inſanos clamores Studioſorum (ſed qui hoc nomine abutor? non ſunt, nec merentur nomen Studioſi, qui ejusmodi nocturnis petulantiis invigilant, alióſque in ſui ſequelam trahunt) dicam nebulonum, qui quietem & ſtudia diligentiorum impediunt, turbántque, ſeverè prohibent; utinam cum effectu, nec non eorum emendatione!

Digitized by Google

munes: tales erant Magiſtratus Majores, *l. 2. ff. de in jus voc.* Item qui uxorem ducebat, funus comitabatur, Sacra faciebat, vel cauſam apud Prætorem agebat, *vid. l. 2. cum ſeqq. ff. d. t.* quaſdam verò non potuiſſe in jus vocari ſine præmiſſa Prætoris venia, quò ſpectabant illæ, quibus ex legis naturalis neceſſitate debetur reverentia, *l. 13. ff. d. t.* ùt ſunt Parentes, & Patroni, *l. 12. & 24. ff. eod.* His itaque ſine venia Prætoris in jus vocatis accommodatur hæc Actio. Nomine autem Parentum hìc veniunt omnes (dummodò à natura, vel ſaltem adoptione tales, ob patriam poteſtatem, quæ indiſtinctè obtinebat, *vid. l. 8. pr. ff. eod.* adeóque non ſpirituales) ſine diſcrimine ſexûs, & gradûs, conſequenter in infinitum, ſive legitimi ſint, ſive illegitimi, *l. 4. §. 1. & ſeq. l. 5. ff. d. t.* cùm ſemper pugnet ratio reverentiæ naturalis. An Vitricus, & Noverca huc referendi? Non ſine formidine contrarii aſſerueris, cùm deficiat textus, & ratio naturalis, ac neceſſariæ neceſſitudinis: Licèt valdè æqua ſit eorum ſententia, qui admittunt, quamdiu perdurat affinitas actualis, id eſt, quamdiu durat matrimonium cum patre naturali, & noverca, vel inter matrem naturalem, & vitricum contractum, ita capimus *Vinn. ad §. 12. b. num. 5. Voët. ff. de in jus vocand.* licèt hoc de vitrico, & noverca *num. 9.* non admittat; concedit tamen de ſocero, ſoceráque *ibid. num. 8.* & quidem indiſtinctè ob affectionem paternam, quæ in *l. ult. ff. de his, quæ ut indig.* intercedere dicitur, quæ tanta non eſt inter privignum, & novercam, ſeu inter privignam & vitricum, cùm filiis plerumque invitis parentes ad ſecunda vota tranſiliant. Quò inſervit *l. 4. ff. de inoff. teſtam.* in verbis; *novercalibus delinimentis, inſtigationibúsve corrupti.* De Patronis abolita ſervitute, & eum ea jure patronatûs extinctô, non eſt, quod differamus. Num autem competat hæc Actio feudi Domino à vaſallo ſine venia in jus vocato, dubium ſubeſt, quia videtur æquiparandus patrono. Sed neque huic ſententiæ audemus accedere, quia vaſallus non eſt ſubditus domini directi, ſed tantùm eidem ratione dominii directi & utilis ſubordinatus, atque ad præſtandam fidelitatem, quæ naturalem reverentiam non importat, obſtrictus; neque beneficium feudi tanti, quanti libertatis, quæ inæſtimabilis eſt, *l. 106. ff. de R. J.* faciendum erit, *vid. Lauterb. ff. de in jus voc. §. 10. Stryk. ibid. §. 3.* Aliter dicendum de ſubdito reſpectu Domini, ſeu Principis territorialis, qui haud dubiè tantam, quantam libertus patrono, reverentiam debet: Jungatur, quæ habet *Theſ. Jur. d. t. num. 7.* Verum, quid de iis, qui ſpectant ad primam Edicti partem, ſeu, qui abſolutè citari non poſſunt, quos (an ſtudiô, an inadvertenter, non facilè dixeris) prætervecti ſumus, ſentiendum? Sunt, qui iis hanc Actionem

nem negant; ſed, ùt nobis videtur, invitâ prorſus Juriſprudentiâ. Siquidem, poſtquam in *l. 2. & ſeqq. ferè omnibus.* perſonas, quas tam abſolutè, quàm ſine venia Prætoris in jus vocari vetuit Prætor, enumerârunt JCti, pergit Ulpianus in *l. 24. ff. d. t.* hîs verbis: *In eum, qui adverſus ea* (id eſt legibùs anterioribûs dicta) *fecerit, quinquaginta aureorum judicium datur, quod nec heredi, nec in heredem, nec ultra annum datur.* Nec apparet, cur ratione hujus injurioſæ in jus vocationis debeant eſſe deterioris conditionis, cùm tamen major fiat illis injuria, hoc ipſo, quòd hic & nunc abſolutè fuerint à vocatione immunes. Cæterùm ceſſat hæc Actio, ſi ſpontè quis fuerit in jus vocatus, vel invitus quidem, ſed non comparuerit, *vid. l. 11. ff. d. t.* Imò hodie rarior erit hujus Actionis uſus, poſtquam Citatio Authoritate Judicis fieri ſolet, adeóque ceſſat ratio prohibitionis; obtinebit tamen adhuc, ſi filius reticuerit conditionem perſonæ in jus vocatæ, *arg. l. 10. §. 2. ff. d. t.* vel, ſi mos Curiæ, de quo vid. *Vinn. loc. ſupra cit.* ferat, ut citatio, inſcio Judice, miniſtro committi poſſit, vid. deſuper memorat. *D. D. de Herz p. m. ubi mox num. 2. & ſeqq.* Addatur *Stryck. V. M. P. de in jus voc. §. 2. & 3. & Introd. ad Prax. for. cap. 4. §. 2. Voët. d. t. num. 6.* (a) Subnectitur

65 Quartò ACTIO DE VIOLENTA IN JUS VOCATI EXEMPTIONE, *qua pœnam ex violenta in jus vocati exemptione debitam perſequimur.* Eſt Prætoria, *§. 12. h. l. 1. pr. ff. ne quis eum, qui in jus vocab. vi exim.* Perſonalis, Pœnalis, Annalis, *l. pen. §. fin. ff. d. t.* Si quis igitur vi impediverit, vel aliàs moram fecerit, quò minùs vocatus, in jus veniret, ut actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur, ùt loquitur Ulpianus in *l. 4. pr. ff. d. t.* Huic Actioni ſe obnoxium reddit, tenetúrque ad pœnam, quanti res in judicium deducta ab actore (non tamen per juramentum affectionis, ſeu in litem, ùt vult Manz. ad *d. §. 12. num. 17. & 35.* ſed ſimpliciter quanti anteà nimirùm in libello) fuerit æſtimata, *arg. d. l. 5. §. 1. ff. d. t.* Competit vocanti (cujus nomine venit Actor, qui olim in judicium vocabat, licèt hodie in jus voca-

(a) Magiſtratus hodie citari poſſe, nullum eſt dubium; ceſſat quippe ratio Juris Romani: Olim Magiſtratus Majores non habebant tribunal ſuperius, erántque temporanei; ſecùs Jure hodierno. Citationes ad domum, eſſe noſtris moribus ordinarias & quotidianas, nemo ignorat. Iis verò, qui Sacra faciunt, qui ex cauſa publica equitant, vel iter faciunt (fortè hodie die Poſt, und Ordinari-Botten) qui propter loci religionem inde ſe movere non poſſunt, qui uxorem ducunt, qui funus comitantur, qui cauſam coram Prætore agunt, vel aliò litis cauſa de ſe conferre debent (de quibus omnibus videri poteſt *l. 2. 3. & 4. in pr. ff. d. t.*) indulgendum eſt ſpatium illud temporis, quo legitimè ſunt impediti; hinc (ſalvo nihilominus moderamine) citari non prohibentur. Vid. poteſt de modo citandi veteri noſtra Diſſ. *ad tit. de in jus voc. n. 1.*

Digitized by Google

catio fiat authoritate Judicis) & hæredibus in quantum illorum intereſt, *d. l. pen. §. ult. ff. eod.* Adverſùs eum, qui per ſe, vel per alium vi exemit: Et ſi plures exemerint contra omnes in ſolidum, vid. *d. l. pen. pr. & §. 1. ff. d. t.* nec unius ſolutio aliis prodeſt, imò & ipſe exemptus manet adhuc obligatus, *d. l. pen. §. 3. l. ult. ff. eod.* ibi: *Is, qui debitorem vi exemit, ſi ſolverit, reum non liberat, quia pœnam ſuam ſolvit.* Nec obſtat, quòd Actio in factum, quæ datur contra eos, qui dolo fecerunt, ne alter compareret, eſto pœnalis ſit, nihilominus ceſſet, ſi unus ſolverit, *l. 1. §. 4. ff. de eo, per quem fact. fuerit.* Nam, quamvis hæc reſpectu Rei ſit pœnalis, reſpectu Actoris tamen potiùs rei-perſecutoria eſt, quatenus non lucrum, ſed damnum emergens perſequitur; illa autem, de qua hic ſermo, abſolutè etiam reſpectu Actoris, qui merè lucrum pro pœna perſequitur, pœnalis eſt, *Manz. ad §. 12. b. num. 20.* Ut autem Actor finem ſuum conſequatur, probare debet (I.) Exemptum fuiſſe legitimè in jus vocatum, ſi enim vocatio fuerit injuſta, exemptio erit ab hac pœna immunis, *arg. l. 4. §. fin. ff. d. t.* conſequenter, ſi quis parentem, ſine venia in jus vocatum eximat, hac actione non tenetur, quia in pari cauſa melior eſt defendentis conditio, *l. §. fin. l. 2. ff. d. t.* unde apparet (II.) debere intervenire violentiam injuſtam, quæ tamen non debet abſolutè loquendo habere dolum conjunctum, ùt conſtat ex *l. 3. §. fin. ff. d. t.* eàque (III.) fuiſſe verè exemptum, vel retentum, ne compareret; nam, ſi exemptus nihilominus comparuerit, ceſſat hæc actio, *quoniam verba cum effectu ſunt accipienda*, ait Ulpianus in *l. 5. §. 2. ff. eod.* Illud tamen non intereſt, utrùm Actor, ſeu vocans habuerit cauſam juſtam, ſive injuſtam, cùm etiam competat calumnioſo litigatori, *d. l. 4. §. 1. l. 5. §. 1. ff. d. t.* non enim jus Actoris, ſed factum eximentis contra popularem legem Prætor reſpicit, & coërcet, *Schamb. ad cit. §. 12. b.* Obſtupeſcis, ùt video, cur non liceat calumnioſè vocatum eximere, cùm tamen licitum ſit, injurioſè vocatum violenter retinere? Non abſque ratione! nam utrùm Actor calumnioſè vocaverit, non eſt privati (eximentis) ſed Judicis cognoſcere. Quiſnam autem injurioſè citetur, jam patet ex Edicto, quo certæ perſonæ, de quibus ſupra, ab in jus vocatione exemptæ ſunt. Frequentior olim, quàm hodie erat hujus actionis uſus, quia ſæpè in jus vocato, vi exempto non comparente, implebatur præſcriptio, quæ hodie per citationem, vel denunciationem, etiam extra judicialem, legitimè factam interrumpitur, *l. 2. C. de ann. except.* Dabitur tamen ad expenſas retardati proceſſus conſequendas, *Stryck. U. M. P. de eo, per quem fact. fuerit §. 2.* poteritque vis exhibita extra ordinem puniri, *Hopp. ad d. §. 22. b. t.* Sanè ab hoc Edicto differt

Digitized by Google

fert illud. *De eo, per quem factum erit, quo minùs ſe quis in judicio ſiſtat.* Nam in hoc non attenditur vis, ſed ſufficit, ſi quis quomodocunque perſuaſerit, ne vocatus in judicio compareat, v.g: triſte quid nunciando, *l. 1. §. 2. ff. de eo, per quem fact. erit.* item ibi competit actio non tantùm Actori, ſed etiam Reo, *d. l. 1. §. 2. & 3. ff. eod.* non ad æſtimationem, ſed ad id, quod intereſt; hinc, ſi unus ſolvat, reliqui liberantur., *l. 1. §. 4. ff. d. t.* Et hæ ſunt potiſſimæ Actionum pœnalium ſpecies, præter alias *innumerabiles* (ùt ait Tribonianus in *ſæpè cit. §. 12. b.*) id eſt indefinitas, de quibus jam actum eſt, v.g. Furti, Effuſi, vel Ejecti, periculosè Suſpenſi, Nautæ, Cauponæ, & Stabularii &c. Satis eſto de Actionibus ex Facto Proprio tum licito, tum illicito: ordine ſequerentur illæ, quæ ex Facto Alieno tam licito, quàm illicito naſcuntur. Verùm, filum Doctrinæ interrumpit alia materia haud quaquam intermittenda; hic paulisper digrediendum. Unde ſit

APPENDIX
De Libello.

PArùm prodeſſet, nôſſe Actionum naturam, earúmque qualitatem, ſi modus eas in judicium deducendi in obſcuro latitaret; placuit itaque, ne quid deſiderari poſſet, illum pro inſtituti noſtri ratione, quæ nobis ſubminiſtratur, in *§. 34. & 35. h. t.* annectere.

66 Deducuntur autem in judicium mediante libello. Qui commodè definiri poteſt, quòd ſit *Scriptura, principalem intentionem Actoris complectens.* Dictum fuit *Scriptura.* Nec obſtat, quòd intentio ſæpè verbis proponatur; nam verba æquivalent ſcripturæ: deinde attenditur id, quod regulariter fit; ſic Codicilli dicuntur à Codice, hoc eſt charta, etſi etiam dentur Codicilli nuncupativi. Dictum fuit: *Principalem intentionem*, ut differat à citatione, quæ etiam intentionem Actoris continet, ſed non principalem.

Poſſet etiam libellus cum *Hunnio ex Theſ. Jur. hic num. 4.* definiri, quòd ſit *Actoris de re litigioſa principalis petitio.* Aut etiam *Commoda verborum conceptio futuræ litis ſpeciem demonſtrans.* Ex quibus elucet, quòd libellus debeat futuræ litis ſpeciem demonſtrare, ut Reus deliberare poſſit, an velit contendere, nec ne.

Libellus alius *Simplex*, in quo factum ſimpliciter, & una ſerie proponitur. Alius *Articulatus*, ubi circumſtantiæ facti circa locum, tempus, perſonas per diſtinctos articulos deſcribuntur. Hic ultimus, ob

Digitized by Google

nimium articulorum abuſum, atque obſcuritatem, eſt *in R. J. de ann. 1654. §. 37.* abrogatus; in multis tamen locis adhuc viget, vid. *Stryck. de jure libell. c. 6. num. 12. & 15.*

Alius rurſus *Criminalis*, in quo agitur ad bonum publicum. Alius *Civilis*, in quo intenditur bonum Actoris privatum; in hoc debet poni concluſio, quid, & quantum petam; non item in illo; Judex enim jam ſcit, quænam pœna ſit huic, vel illi delicto præfixa.

Alius *Conventionalis*, qui ab Actore offertur. Alius *Reconventionalis*, qui à Reo, ſi viciſſim quid prætendat, exhibetur.

Alius *Principalis*, qui in prima Inſtantia, alius *Appellatorius*, qui in ſecunda Inſtantia profertur.

Quæres: An libellus ſit neceſſarius? Reſp. regulariter affirmativè, 67 ita, ut proceſſus aliàs non ſubſiſtat; uti colligitur ex *c. 1. de libell. oblat. l. ult. C. de ann. except. & nov. 53. c. 3. §. 1.* Excipiuntur tamen (I.) Proceſſus ſummarius. (II.) Inquiſitorius, ubi Judex ex officio in delinquentes inquirit. (III.) Si agatur de cauſa per ſententiam, transactionem, aut jusjurandum voluntarium jam deciſa, ubi tantùm imploratur officium Judicis. In his tamen caſibus aliqualis petitio Actoris erit neceſſaria, cùm aliàs lis videatur impoſſibilis, per ea, quæ tradunt *Magnif. P. Schmier lib. 2. tr. 2. c. 1. à num. 37. Hub. h. t. num. 5.* Offertur autem libellus ab Actore, & quidem propriis ſumptibus, niſi Reus temerariè litigaverit.

Objectum ſunt cauſæ; requiri autem in omnibus cauſis, mox au- 68 divimus: Alia tamen latet hic difficultas.

Utrùm nempe poſſint plures actiones in eodem libello cumulari, ſeu proponi? Ubi imprimis ſupponimus, poſſe plures actiones cumulari *Alternativè*, id eſt, ſi unam non probavero, aliam probare: Hinc poſſum inſtituere Rei vindicationem dicendo, me eſſe Dominum, vel, ſi hoc non probavero, adjungere quaſi dominium, & actionem publicianam annectere, hoc modo: *Peto hanc domum jure dominii vel quaſi;* hoc caſu, ſi dominium non probavero, ſufficit, ſi probem, me juſto titulo rem acquiſiviſſe, & alterum habere jus infirmius. Item poſſum proponere remedium nullitatis, & reſciſſionis hoc modo: *Ajo, hoc teſtamentum eſſe nullum, aut, ſi præter ſpem valet, peto, ut reſcindatur, vid. c. 8. de in integr. reſtit. l. 18. §. ult. de conſtitut. pecun.* Num verò poſſint plures Actiones cumulativè in eodem libello proponi, id eſt, eo ſenſu, & fine, ut pluribus ſententiis ſive ſimul, ſive diverſis temporibus decidantur, intricatior eſt quæſtio pluribus reſponſionibus enodanda: Sit itaque Prima Reſponſio. Poſſunt cumulari, quando oriuntur ex diverſis cauſis, ſi-

Digitized by Google

ve tendant *Ad idem*, utì patet ex *l. 18. ff. de O. & A.* ubi eadem res peti poteſt ex teſtamento, & ex ſtipulatu, nec non ex *l. 10. ff. de Act. Empt. Vend.* ubi actio empti, & hæreditaria ad idem poſſunt inſtitui. Excipitur, ſi utraque ſit cauſa lucrativa, quia duæ cauſæ lucrativæ non poſſunt cadere in eandem perſonam, *l. 17. ff. de O. & A.* Sublimitatur, niſi ex una cauſa tantùm habuerit æſtimationem, vid. notabilis text. in *§. 6. Inſt. de leg.* (a) Sive *Ad diverſa.* Fac, Titio me debere 100. ex mutuo, 200. ex ſtipulatu, domum ex venditione, poſſunt in eodem libello proponi, ut abbrevientur lites, *l. 11. pr. ff. de juriſd. l. ult. C. de præſcript. 30. vel. 40. ann. Theſ. Jur. h. t. num. 53.* Excipitur rurſus, niſi ſint ſibi invicem contrariæ; conſequenter non poteſt rei vindicatio cumulari cum actione confeſſoria reſpectu ejusdem fundi, quia per rei vindicationem dicerem, fundum eſſe meum, & per confeſſoriam, non eſſe meum, quia dicerem, fundum illum mihi ſervire; res autem propria nemini ſervit, id eſt, nulla res ſervit ſuo domino. Roboratur hæc exceptio ex *l. 6. ff. de except. rei jud. l. 16. & 18. ff. de except.* Si plures actiones oriantur ex eadem cauſa (en Altera Reſponſio) itidem poſſunt cumulari, caſu quo tendant ad diverſa, vel ſaltem una plus petatur, quàm alia, *l. 34. pr. ff. de O. & A.* hinc poteſt cumulari condictio furtiva, quâ rem furto ablatam repeto, cum actione furti quâ duplum, vel quadruplum, ùt pœnam perſequor, quia etſi oriantur ex eadem cauſa, ſcilicet furto, tendunt tamen ad diverſa, *l. 7. pr. ff. de condict. furtiv.* Rurſus inſtituta actione vi bonorum raptorum, qua quadruplum, cui res ablata ineſt, peto, poſſum adhuc inſtituere actionem furti manifeſti, in quantum hæc pinguior eſt, quia plus continet; datur enim ad quadruplum tanquam puram pœnam. Limitatur tamen, ſi tantùm per accidens plus unâ petatur, quàm aliâ: tunc ſiquidem inſtitutâ priùs illâ, quâ minus peto, non poſſum illam inſtituere, quâ per accidens plus conſequor, & ita intelligo *l. 34. §. 2. ff. de O. & A.* ubi inſtituta actione commodati, non poſſum ampliùs actio-

(a) Hinc caſus, quem ponis quidam Clariſſimus videtur nobis ſuſpectus vel ſaltem indigere explanatione: *Eſt* autem iſte: Lucius rem donavit Sejo; deinde etiam Cajo: Cajus fit hæres Seji, non poteſt, ait, niſi ſemel rem illam petere. Siquidem ipſam rem non poſſe bis petere, aliunde certum eſt; cùm ſi ſemel illam habet; illam petere ampliùs nequit, quod etiam procedit in cauſa onerosa; ita tamen, ùt hic poſſit agere ad æſtimationem; quod equidem, ſi cauſa ſit utraque lucrativa, non verificatur. Sed quid, ſi Cajus priùs æſtimationem obtinuerit ex prima donatione, an non poterit ex ſecunda agere ad ipſam rem? Nemo negabit, niſi, qui negaverit in *cit. §. 6. de legat.* contineri caſum poſſibilem. Quoad ipſam rem igitur non eſt differentia inter cauſam onerosam, & lucrativam; ſed ſolùm quoad æſtimationem, quæ in cauſa lucrativa in ipſa re comprehenditur: Non autem in onerosa. Nec aliter prælaudato Clariſſ. aſſentimur.

actione L. Aquiliæ ad id, quod plus continet, agere; idcirco non eſt *cit. Legi* tollenda, ſed potiùs addenda particula *Non*, & legendum: *ſed verius eſt, NON remanere*, quam reſponſionem ſuggerit ratio ibi annexa, *quia ſimplo accedit, & ſimplo ſubducto, locum non habet.* Secùs dicendum (Eſt Tertia Reſponſio) ſi oriantur principaliter ex eadem cauſa, vel potiùs intuitu ejusdem principaliter cauſæ, & ſimul ad idem tendant: Has quippe cumulari non poſſe, ſatis declarat Ulpianus in *l. 43. ſ. un. ff. de R. J. Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine UNA quis experiri DEBET.* Jungatur *l. 76. ſ. pen. ff. de leg. 2.* Dixi notanter: *Principaliter.* Nec ſine ratione, nam, quamvis rei vindicatio, actio hypothecaria, & perſonalis ex teſtamento oriantur ex diverſis cauſis, puta dominio, jure pignoris, & quaſi ex contractu (idem dicendum de actione commodati, & condictione furtiva, quatenus illa ex contractu, hæc ex delicto naſcitur) una tamen aliam conſumit, *d. l. 76. ſ. 2. ff. de leg. 2. & d. l. 34. ſ. 1. ff. de O. & A.* quia priores principaliter occaſione legati, poſteriores verò furti intuitu conſiderantur, vel ſaltem non utramque conſiderari oportet. Eadem eſt (& Quarta Reſponſio) de pluribus Actionibus Criminalibus, vel Civilibus pœnalibus, ſi pares ſint: non poſſunt quippe cumulari, ſeu ſimul inſtitui. Prius probatur ex *l. 14. ff. de accuſ.* & ſuadet ratio, quòd nemo ob idem delictum duplici pœna obſtringatur: Poſterius patet ab inductione; ſiquidem actio injuriarum Prætoria non poteſt cumulari cum actione ex Lege Cornelia; utraque enim vindictam ſapit, habéntque ambæ eundem finem. Aliter foret, ſi una ſit civilis, alia criminalis, v. g. Actio recantatoria cum Actione criminali: niſi rurſus utraque tam criminalis, quàm civilis vindictam ſapiat. Inde fluit, quòd ex eadem injuria non poſſim agere criminaliter, & ſimul actione ex Lege Cornelia, cùm utraque detur ad vindictam.

Dubitatur: An cauſæ poſſeſſionis, & proprietatis poſſint ſimul cumulari? Poſſe cumulari rei vindicationem cum interdicto recuperandæ, vel acquirendæ poſſeſſionis, certum videtur ex *c. 2. & 5. de cauſ. poſſ. & propr.* Imò, ſi appareat, agenti ex poſſeſſione dominium competere, poteſt Judex illud actori adjudicare, *c. 3. & 4. d. t. Clariſſ. DD. de Herz p. m. ad tit. de Edend. num. 6.* Dubium igitur eſt, an idem dicendum etiam de remedio retinendæ poſſeſſionis? De quo etiam reſpondetur affirmativè, *cùm poſſeſſio, & proprietas nihil habeant commune: nec denegatur interdictum, uti poſſidetis ei, qui cœpit rem vindicare.* Sunt verba *l. 12. ſ. un. ff. de A. v. A. P.* Nec obſtat, quòd Actor ſibi contradiceret: diceret enim, ſe poſſidere in interdicto, quod non datur, niſi poſſeſſori, & diceret, ſe non poſſidere in rei vindicatione, quæ poſſeſſori non com-

petit, *§. 2. de Action.* & ita verificarentur contradictoria: nam hoc verificatur tantùm ſub diverſo reſpectu; diceret quippe, ſe poſſidere in interdicto *civiliter*, hoc eſt animô, & ſe non poſſidere, dum ageret rei vindicatione *naturaliter*, id eſt, corpore, quod nullam involvit implicantiam, ſeu contradictionem.

69 Forma Libelli conſiſtit in legitima ejuſdem ordinatione. Circumfertur paſſim, libellum debere concipi in forma ſyllogiſmi, ita, ut in *majori* ponatur cauſa debendi, in *minori* narratio, in *concluſione* petitio, *Theſ. Jur. h. t. à num. 13.* Commodiùs tamen crederem cum *Hubero ff. de Edend. num. 5.* præmitti poſſe narrationem: hæc enim vix poterit omitti, econtrà cauſa debendi, ſi aliunde ſit clara, non raro omittitur: hinc ſufficit dicere: *Titius mihi vendidit domum, peto, condemnetur, ut tradat.* Hìc omittitur cauſa debendi, cùm aliunde certum ſit, venditorem teneri ad rem venditam tradendam: Requiſita libelli habes *ex Laud. Colendiſſ. D. D. de Herz ubi ſupra num. 8. in fin.* his verſibus comprehenſa:

> *Quis, quid, coram quo, quo jure petatur & à quo,*
> *Quiſque libellus habet, ſi clarus, certus, & aptus.*

Quis, id eſt nomen Actoris: *Quid*, res, quæ petitur: *Coram quo*, nomen Judicis: *Quo jure* ſcilicet cauſa debendi, ſervata tamen diſtinctione inter actionem realem, & perſonalem: In illa ſufficit exprimere cauſam proximam, ſeu, ùt vocant generalem, v.g. in rei vindicatione dominium; in confeſſoria ſervitutem, in hypothecaria pignus, dicendo, peto rem iſtam, quia ſum dominus &c. Quamvis regulariter tutius ſit, etiam remotam allegare, quia, ſi ex illa ſuccumbam, poſſum ad aliam confugere, *l. 11. §. 4. & 5. ff. de except.* quod facere non licet, ſi cauſa remota reticeatur, cùm allegando tantùm cauſam proximam, cenſeor totum jus, quod habui, in judicium deduxiſſe, *arg. l. 14. §. 2. ff. d. t.* Dixi *regulariter*: quandoque enim ſecurius eſt, tantùm cauſam proximam exprimere, ſi fortè Actor dominium nondum habeat, ſed illud ſperet: quippe poterit, ex quacunque cauſa illud, lite pendente, ſupervenerit, judiciò vincere juxta dicta *de Action. p. 3. ſect. 1. §. 2. num. 21.* In hac, id eſt in perſonali, nunquam ſufficit exprimere cauſam proximam, ſeu generalem, ſcilicet obligationem, ſed debet exprimi remota, ſeu ſpecialis; nimirum contractus, aut delictum; hinc non ſufficit dicere, *Titius mihi debet* 100. ſed debeo exprimere ex qua cauſa, an videlicet ex mutuo, empto &c. debeat, *Mollemb. in cit. Theſ. Jur. num. 18. & ſeqq.* Rationem dat cum aliis *Voet. ff. h. t. num. 7.* quia res poteſt plu-

ries

ries, hoc eſt, ex pluribus cauſis mihi deberi, *§. 6. Inſtit. de leg.* non item ex pluribus cauſis eſſe mea; ſemel enim ex una cauſa mea, mea ampliùs fieri non poteſt, *l. 14. §. 2. ff. de except. rei jud. §. 10. Inſtit. de leg.* Clariùs! quando in libello exprimitur cauſa proxima actionis realis, ſcilicet dominium, Adverſarius ſtatim ſcit, quænam actio ſit inſtituta, nimirum rei vindicatio: In actione perſonali econtra, ſi ſolummodo exprimatur cauſa proxima, videlicet obligatio, Adverſarius non poteſt ſcire, qualis actio ſit inſtituta. Ratio rationis eſt, quia quælibet ſpecies juris *in Re* (ex quo oritur actio realis) habet ſuam propriam actionem: dominium quidem, quocunque titulo acquiſitum, producit rei vindicationem, *Servitus* actionem confeſſoriam, *Pignus* hypothecariam, & *Poſſeſſio* Interdicta. Obligatio verò (quæ eſt cauſa proxima actionis perſonalis) per ſe nullam producit certam actionem, ſed pro diverſitate cauſæ, ex qua oritur: ſic obligatio orta ex empto parit actionem empti-venditi, ex commodato actionem commodati &c. conſequenter, ut ſciatur, qualis actio ſit inſtituta, debet exprimi præter obligationem, etiam cauſa remota, videlicet contractus, vel delictum.

Dubitant, an etiam nomen actionis ſit exprimendum? Reſpondetur negativè, ſed ſufficere, ſi factum ita proponatur, ut poſſit colligi, qualis actio ſit inſtituta, *c. 6. de jud.* Suffragante etiam *l. 69. ff. de fidejuſſ. & l. 3. C. ad SC. Maced. Theſaur. Jur. h. t. num. 21.* Nec obſtant textus contrarii, ùt ſunt *l. 1. & 3. C. de Edend. l. 33. ff. de jud. l. fin. C. de Interd.* quia tantùm volunt, ut exprimatur nomen actionis æquivalenter, modò ſcilicet explicatò. Dictum fuit denique: *A quo*, id eſt, nomen Rei. Cæterùm, quia concluſio libelli, ſeu ipſa petitio maximè eget Juriſprudentiâ, eſt enim fundamentum totius judicii, quam DD. ſtellam polarem vocant, ſolent annecti variæ clauſulæ ſalutiferæ, puta, aliis omiſsis, (I.) *Proteſtatoria*, quâ proteſtatur Actor ſe nolle teneri ad probationes ſuperfluas. (II.) *Reſervatoria*, quâ Actor ſibi reſervat jus mutandi, corrigendi libellum. (III.) *Petitoria*, quâ imploratur ſuper omnibus, quæ peti potuiſſent, nobile Judicis officium; hæc (quidquid ſit de aliis) ſummopere ſuadenda, hac enim appoſita, tenetur Judex abſque dubio habere rationem expenſarum, fructuum, actionis pinguioris, quâ omiſsâ verò, multi dubitant, an Judex teneatur ad fructus, & expenſas ſuum judicium extendere. (a)

Effe-

(a) Cæterùm probè notandum, officium Judicis quandoque implorari PRINCIPALITER Si videlicet alia actio deficiat, adeóque inſtar actionis, uti contingit in reſtitutione minorum, in petitione honorarii, ſeu ſalarii, vid. inſuper *l. 38. ff. de O. & A.* & de jure

70 Effectus libelli eſt, quòd Judex debeat ſecundùm illum ſententiam ferre: ita, ut, ſi actum ſit ex capite nullitatis, non debeat pronunciare ex remedio reſciſſionis. (II.) Quòd Actor, oblatô libellô debeat litem proſequi, ſi reus urgeat, & illius interſit, *nov. 112. cap. 3.* (III.) Quòd Actor cenſeatur ea confeſſus, quæ in libello expreſſit, *arg. l. 13. C. de non num. pecun.* (IV.) Quòd, ſi fuerit Principi oblatus, & deſuper ille reſcripſerit, habeat vim litis conteſtatæ, ita, ut actiones perpetuentur, & transmittantur *in* - & *ad* hæredes, *l. 1. C. quando libello Princip. datus &c.*

71 Contraria libelli ſunt vitia, quæ dignoſcuntur ex illius virtutibus: Diximus ſupra, libellum debere eſſe clarum, certum & aptum, adeoque contrariabitur *Obſcuritas*, ſi genus actionis, aut jus agendi non intelligatur, aut nimia *Generalitas*, ùt, ſi Actor peteret fundum, & reus plures haberet fundos; excipitur, ſi actio ſit generalis, ùt eſt petitio hæreditatis, querela inoff. &c. *Voët. ff. de Edend. num 5. Incertitudo*, ſubeſt inprimis, ſi disjunctivè ſit conceptus; niſi actio ſit talis, ùt eſt actio noxalis, ubi agitur ad æſtimationem, vel ſervum noxæ, aut etiam, niſi dubium ſubſit, quænam actio competat, v. g. reſciſſionis, vel nullitatis; per ea, quæ habet *Hub. d. t. n. 8. lit. f. &c.* deinde; ſi contrarietatem contineat, quo caſu planè nullus eſt. *Ineptitudo*, ſi ſcilicet plures actiones ineptæ, incompatibiles, de quibus ſuperiùs dictum, accumulentur, quæ pariter libellum vitiant. Monemus tamen Judicem, ut, ſi libellus commoda interpretatione juvari poſſit, illum benignè admittat, ita præcipiente Ulpiani æquanimitate in *l. 66. ff. de jud. Gail. 1. obſ. 66. num. 6.*

&

Jure Canonico, quoties agitur, deficiente actione, de peccato vitando, uti probabilius obtinet ex pacto nudo. *c. 1. & 3. de pact.* Jung. *c. 2. de offic. Jud.* quandoque acceſſoriè, & minùs principaliter, ſi adjungatur actioni inſtitutæ, ùt plerumque fieri ſolet. Hoc officio veniunt non rarò acceſſoria v. g. fructus, uſuræ, expenſæ &c., quorum intuitu actio ſeorſim & ſeparatim moveri nequit; veniunt nihilominus lite principali pendente, non jure actionis, ſed officio Judicis, quatenus ſeparata actione ſeorſim peti non poſſunt. Huc faciunt *l. 49. §. un. de A. E. V. l. 54. pr. ff. locat. l. 8. ff. de eo, quod cert. loc.* Sic in bon. fid. judiciis debentur uſuræ ex mora officio Judicis, quamdiu actio ratione ſortis adhuc ſupereſt; ea verò ſoluta ſeorſim uſuræ peti non poſſunt, etiam implorato ſeorſim Judicis officio, quia hic ſe habent tantùm acceſſoriè *arg. d. l. 49. §. un. de A. E. V.* Limita, ſi fuerint in ſtipulationem, vel (hodie) in pactum deductæ, cùm hoc caſu competat ſpecialis actio. Num autem moribus hodiernis, ſolutæ etiam ſorte, ſeorſim citra pactum, ſeu ſtipulationem, adeóque præciſè ex mora peti poſſint, dubium videri poteſt. Affirmat Conſultiſſ. Böhmerus *tr. de action. §. 32. lit. E.* cùm ceſſet ratio proceſſus formularii. At, cùm non hæc videatur unica ratio, quòd olim non venerint ſeorſim, ſed potiùs hanc fuiſſe, autumari poſſit, quia tantùm ſe habent acceſſoriè, veremur Celebratiſſimo aliàs Authori accedere, praxis tamen, quæ multiplex, dabit.

Digitized by Google

& ſeqq. in nullo enim penitùs aberrare, Divinitatis potiùs, quàm humanitatis eſſe, agnovit ipſe Imperator in *l. 2. §. 14. C. de V. I. E.* & in tantum partes Actoris ſunt favorabiles; ſecùs verò rejiciat, &, ùt dici ſolet, dentibus laceret, Actore in expenſas condemnato, relictáque eidem facultate alium, ſed meliorem, concipiendi, *l. 15. ff. d. t. citat. Authbor ibid. n. 1. & ſeqq.* Verùm hic non omittenda ſe offert diſceptatio.

Utrùm libellus non poſſit emendari, vel omninò mutari. Emendari dicitur, ſi tantùm corrigantur accidentalia libelli, v. g. ſi fuerit alternativus, vel generalis, & ad rem certam determinaretur. Mutatio verò contingit, ſi ipſa ſubſtantia invertatur, ùt, ſi petiêrim equum, poſtea bovem petam; ſi ex empto egerim, deinde agerem ex ſtipulatu. Hìs præmiſsis, minus dubium eſt, emendari poſſe usque ad ſententiam, dummodò Reo refundantur ab emendante expenſæ, *arg. l. 66. & 76. ff. de jud.* & clariùs in *l. 46. ff. de re jud.* ibi: *Actorum verba emendare, tenore ſententiæ perſeverante, non eſt probibitum.* Jungatur *l. 4. §. fin. ff. de nox. act.* Idem dicendum de Mutatione usque ad litem conteſtatam, & huc verè ſpectat *l. 3. C. de Edend.* ceu eruditè oſtendit *Laud. Colendiſſ. D. D. de Herz p. m. ubi ſuprà num. 16.* Addat. *Noodt de Juriſd. lib. 1. cap. 13.* Sed rogas, quando ergo dicitur lis conteſtata? Quando litigantes coram Judice affirmando, & negando declarant, ſe velle litigare, germanicè, Kriegs-Befeſtigung. Poſt litem conteſtatam verò, quod majus eſt dubium, poteſt quidem libellus mutari, refuſis reo expenſis, ſed vix manebit ampliùs, ſaltem ſtrictè, & adæquatè, idem judicium, quoniam mutatâ ſubſtantiâ haud dubiè debet etiam mutari judicium. Manebit tamen quodammodo inadæquatè (& in hoc erit differentia à renunciatione, ſeu ſpontanea ceſſione) quatenus non erit opus (I.) nova citatione, quia Reus aliunde eſt præſens, vidétque libellum mutari. Nec obſtat paritas à jure veteri deſumpta, quia ibi debebat actio edi coram Prætore, qui formulam dabat; hinc actione mutatâ coram Judice pedaneo, neceſſum erat, illô deſertô, actionem novam (refuſis tamen expenſis, *arg. l. 79. ff. de jud.*) coram Magiſtratu Majori, qui novam formulam dabat, proponere, & novam planè litem inſtituere, unde nec mutationi, neque emendationi ampliùs erat locus, vid. deſuper ſolidè æquè, ac eruditè *Hub. h. num. 35.* Quibus tamen opponi poſſunt ea, quæ non minùs nervosè adducit *Voët. ff. de Edend. num. 9.* Hodie verò idem eſt Prætor, & Judex, hinc etiam aliter diſcurrendum. (a)

LII Ne-

(a) De hac quæſtione altum foret ſilentium, niſi aliqua pro meliori textuum penetratione, ſeu intelligentia monenda videantur. Conſtat ex alibi dictis, fuiſſe Judicibus peda-

Digitized by Google

Neque erit ulteriùs (II.) opus novo libellô, ſuppoſitô, quòd prior facili modo, unâ ſcilicet, vel alterâ particulâ mutatâ, v. g. locò *bovis*, equus, locò ex *empto* ſcribi ex *legato*, corrigi poſſit: Ad quid enim mutare integrum libellum, & inutiles expenſas facere? Similiter (III.) non erit præſtanda nova ſatisdatio, caſu quo fidejuſſores generaliter ſe ſe obligârint: Aliter foret, ſi circa ſpecialem actionem, ſeu rem fidejuſſiſſent, cùm fidejuſſio ſit Stricti Juris, neque ſe extendat ad non expreſſa. Ratio horum omnium eſt, quia mutatô ita libellô, refuſíſque Reo expenſîs hactenus erogatîs, nullum illi contingit præjudicium, ſed reſiſtenti opponitur: *Tuâ non intereſt.* Inde eſt, quòd, utì monuimus, videatur manere idem judicium ſaltem latè, cùm maneant omnia ante litem conteſtatam peracta: & ita intelligendus *§. 35. Inſt. de Action.* Fit nihilominus nova inſtantia, quia requiritur nova litis conteſtatio, per quam Reus ſe declarat, an velit in actione mutata litigare, & ideo conceditur illi novum tempus deliberandi, & huc quadrabit reſponſum Pauli in *l. 23. ff. de jud. Non poteſt videri in judicium veniſſe id, quod poſt judicium acceptum accidiſſet, adeóque alia interpellatione opus eſt.* Qui plura circa hanc quæſtionem deſiderat, adeat ſæpiùs *memorat. D. D. de Herz d. Tr. l. 2. n. 16. usque ad fin.* ubi eruditiſſima de veteri formularum mutatione inveniet. Idem Voët. *b. t. num. 9.* Jam filum, quod abrupimus, per nodum continuabit

TI-

pedaneis à Prætore præſcriptam certam formulam ad amuſſim obſervandam; hinc lite deſuper conteſtata, nec libelli emendatio, nec & multò minùs, mutatio erat permiſſa, ſed errore comperto Actor litem deſerere, & refuſis reo expenſis *l. 79. ff. de jud.* Prætorem denuò adire, & novam formulam impetrare poterat. De harum formularum captiòſa vanitate pulcherrimè (ut nemo melius) ſcribit Seneca *Ep. 48.* Non moramur *Weſſenb. Diſp. 8. part. 1. ad Pand. th. 20.* Nam ponamus, Judicem dediſſe formulam ex empto, quì poterat mutato fortè libello ex ſtipulatu, juxta formulam ſibi præſcripram judicare? Reponit quidem hîc Author, non fuiſſe datas formulas ſub tam ſtricta interpretatione. At ſi hoc, ita, ut actio coram Prætore nunquam edita admitteretur, ad quid inſerviebat præſcriptio formulæ? & alia in ſtricti juris, alia in bonæ fidei contractibus? Sanè ſi in judiciis ſtricti juris non poterat Judex datus admittere novas exceptiones *arg l. 8. & 9. C. de except. l. 9. C. de præſcript. long. temp.* cum tamen ad ipſam cauſam ſpectent; Aut compenſationem *§. 30. de Action.* quæ tamen ſummâ nititur æquitate; certè multo minus potuiſſe admittere novam actionem, inferendum eſt. Quis negabit, debuiſſe edi actionem *l. 3. C. de Edend.* Ubi nam? Apud Prætorem. His graviter quidem videtur obſtare *l. 10. C. de fidejuſſoribus.* ibi: ANTE CONDEMNATIONEM. Sed vel eſt interpollatio, ſeu emblema Triboniani, vel cubat in mendo, ut legendum ſit ANTE LITIS CONTESTATIONEM; alias non congruit temporibus Alexandri, ubi proceſſus formularius in viridi adhuc erat obſervantia. Fuit equidem à Diocletiano & Maximiano in *l. 1. C.* *de*

TITULUS VII.

Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.

EX facto alieno tum licito, tum illicito varias oriri actiones, patebit ex dicendis, & quidem de prioribus agemus *hoc;* de poſterioribus *titt. ſeqq. 8. & 9.* Hic autem primò dabimus eas, quæ oriuntur ex facto illorum, qui ſunt ſub noſtra poteſtate, vel dominica, vel patria, ùt filii, vel ſervi, deinde eas, quæ ex negotiis, ab aliis etiam geſtis, competunt. Ubi tamen generaliter notes velim, Actiones, de quibus hic agitur, non eſſe novas, ſeu principales, ſed potiùs qualitates à Prætore Actionibus principalibus, ex contractu filii, vel ſervi, aut etiam Magiſtri ortis, adjectas; quatenus ille, nempe Prætor, æquitate naturali motus, Actiones ex ejuſmodi contractibus emanantes, quæ de Jure Civili non darentur, niſi contra contrahentes, eorúmque hæredes,

 adeò-

de pedan. jud. reſtricta poteſtas dandi Judices, non tamen planè cum differentia inter actiones bonæ fidei & ſtricti juris, & actionum formulis, de quibus textus nihil memorat, planè ſublata. Imò viguiſſe adhuc uſum Judicis pedanei patet ex *l. 5. C. d. t.* quæ eſt longè poſterior. Illa quippe emanavit Anno 294. Iſta 362. Id, quod magis etiam conſtat ex *l. 2. C. de in lit. jurand.* quæ eſt eorundem Impp. Dioclet. & Max. & illâ ſimiliter poſterior; prodiit enim 8. Cal. Jan. id eſt; 25. Dec. & *cit. l. 2. de ped. jud.* 15. Cal. Auguſt. id eſt, 18. Jul. ejuſdem Anni, ſtatuítque, convenire, ut JUDEX DATUS ſententiam dicat. Judicis DATI fit etiam mentio in *l. 3. C. ſi à non comp. Jud. jud. eſſ. dic.* quæ lata eſt An. 297. adeóque tribus annis poſt. *d. l. 2. de ped. Jud.* Unde apparet, quod tam Judices pedanei, quàm etiam ex conſequenti formulæ præſcriptæ primum in *l. 2. C. de formulis & impetrat.* adeóque An. 428. ſublatæ ſint. Ut eruditiſſimè deducit Celeberr. Noodt *de Juriſd. l. 1. c. ult. ſeu 15.* His equidem ſe ſe opponit Præclariſſ. Voet. *ff. de edend. n. 9.* contendítque, tam hodie, quàm olim potuiſſe fieri manente eodem judicio mutationem libelli etiam poſt litem conteſtatam: adducit pro cauſæ patrocinio *§. 34. & 35. de rer. diviſ.* Nec non *l. 3. Cod. de edend & l. 4. §. fin. ff. de nox. act.* Verùm iſthæc non movent. Siquidem *cit. §. 35.* intelligitur de judicio latè, ſeu inadæquatè tali. *L. 3. C. de edend.* admittit quidem mutationem libelli poſt editam actionem, ſed non poſt litem conteſtatam; eſt autem inter actionis editionem, & litis conteſtationem non modicum temporis intervallum nota dignum, intra quod ſpatium nil vetat, potuiſſe fieri libelli mutationem. In *l. 4. §. fin. ff. de nox. act.* dicitur quidem, poſſe eodem judicio detrahi, vel apponi ſcientiam domini, & ſic actionem noxalem mutari in actionem Legis Aquiliæ, aut viciſſim; Sed eſt caſus ſpecialis minimè in conſequentiam trahendus; quippe hæ duæ actiones competunt electivè *d. l. 4. §. 2. in fin.* & hinc non litis conteſtatione, ſed primùm ſententia perimuntur, *arg. cit. l. §. fin.* Nec hic tam mutatio, quàm potiùs declaratio contingit, cùm utraque actio electivè competat, neque ſint ſubſtantialiter diverſæ.

Digitized by Google

adeóque filium, aut Magiſtrum, extendit, fecítque, ut etiam dentur contra Patrem, Dominum, vel Exercitorem, ſeu præponentem. Inde eſt, quòd de ſe neque ſint Bonæ fidei, neque ſtricti juris; ſed pro diverſitate Actionis principalis, ſeu negotii cum filio, vel ſervo initi, uti in decurſu apparebit, baptizandæ. Ex facto filiorum (id ipſum, ſub aliqua tamen differentia, quam exhibet *Hub. b. num.* 10. intellige de ſervis, quorum tamen uſus jam eſt abolitus) eruimus ſequentes

§. I.

De Actione quod Juſſu, de Peculio, & Tributoria.

1 EX facto eorum, qui ſub noſtra ſunt poteſtate, oritur primò ACTIO QUOD JUSSU, quæ eſt *Actio Perſonalis, Prætoria, qua convenitur pater* (idem proportionaliter de domino) *quo jubente filiusfamilias contraxit, ut id, quod ex contractu debetur, perſolvat, arg. pr. & §. 1. b. t.* Si ſcire cupis, num ſit Bonæ fidei, vel ſtricti juris, reſpice ad contractum cum filiofamilias juſſu patris initum: Ita, ut, ſi ille ſit Bonæ fidei, & hanc actionem Bonæ fidei eſſe dicas: ſi Stricti juris, & actionem hanc ſtricti juris ſtatuas. Fac, filium juſſu patris emiſſe equum, dabitur contra patrem *Actio, quod juſſu empti-venditi bonæ fidei;* Fac econtra filiumfamilias juſſu patris ſumpſiſſe mutuas pecunias: dabitur contra patrem *Condictio certi ex mutuo, quod juſſu*, adeóque Stricti juris: verbô: eſt illa ipſa actio principalis, quæ ex contractu filii naſcitur, à Prætore ad patrem extenſa, quod, ùt diximus, ad omnes has ſequentes actiones applicandum: hinc etiam gaudent iis ipſis prædicatis, quibus cæteræ Actiones ex contractu ortæ; adeóque ſunt omnes Rei-perſecutoriæ Perpetuæ ad-& in hæredes Tranſitoriæ. Cauſam productivam hujus (uti omnium harum Actionum) non eſt, quòd diu quæramus, poſtquam vidimus, eſſe qualitatem à Prætore, qui erat *Cauſa Effectiva Remota*, adjectam, & ex obligatione occaſione contractûs cum filiofamilias juſſu patris initi naſcente, tanquam *Cauſâ Effectivâ Proximâ*, ortam: Neque difficile erit ex dictis colligere, hanc Actionem competere iis, quibus aliquid à filio, juſſu patris contrahente, debetur, & hæredibus, contra patrem & hæredes. Imò, ſi ſermo de utili, dabitur contra quemcunque, qui alterum juſſit contrahere, veluti deducunt ex *l. 7. §. unic. C. quod cum eo, qui in alien. pot.*

2 Probari tamen debet juſſus patris, per quem non intelligimus præcisè juſſum cum quodam imperio conjunctum, prout ſumitur in *§. 4. de*

de tut. ſed conſenſum patris (ſpecialem tamen ad contrahendum) ſive antecedentem, ſive concomitantem, ſive ſubſequentem litteris, verbis, alióve modô (ùt, ſi Chirographo filii ſubſcripſerit, *d. l. 1. §. 4.*) expreſſum *l. 1. §. 1. 3. & 6. ff. quod juſſu.* Sed, quomodò differt juſſus à mandato? Præter hoc, quòd juſſus requirat conſenſum expreſſum, non item mandatum, *l. 18. ff. mand. Hopp. h. ad §. 1.* Juſſus ad filium dirigitur, & ſupponit obligationem parendi: Mandatum econtrà dirigitur ad tertium, qui cum filio contrahit, v. g. ſi cuidam amico mandem, vel eum rogem, ut filio meo mille credat, ſeu mutuò det, quo caſu obtinet Actio mandati, *l. 8. C. mand.* Nihil tamen obſtabit, quin & filio mandari poſſit, fortè etiam rogando, ut filius mutuam pecuniam ſuo (patris) nomine accipiat, quo caſu mutuanti contra patrem æquè competet Actio quod juſſu, ita intelligimus, *d. l. 1. §. 3. ff. d. t.* ibi: *Sed, ſi mandaverit pater* (intellige filio) *dominúve videtur juſſiſſe.* Aliter hanc legem explicat *D. D. Franz h. t. part. 6. num. 8.* Inde advertis, non ſufficere ſolam patris ſcientiam, *arg. d. l. 1. §. 5.* ſed iſta faciet locum Actioni Tributoriæ: Minùs ſufficiet, ſi pater filium tantùm commendaverit, *l. fin. C. h. t. junctâ l. 12. §. 12. ff. mand.* Multò minùs obtinebit hæc Actio, ſi filius deliquerit, quamvis jubente patre; ſed dabitur Actio ex delicto, *l. 2. ff. de nox. act. l. 11. §. 3. ff. de injur.* His in judicium ritè deductis, pater condemnabitur in ſolidum ad ſolvendum id, quod ex contractu filii debetur, eſto fortè iſte pecuniam malè impenderit, *§. 1. h.* dummodò filius juſſum non exceſſerit, *vid. l. 3. ff. d. t.*

Ex facto eorum, qui ſub noſtra ſunt poteſtate, oritur Secundò ACTIO DE PECULIO, quæ eſt *Actio Prætoria Perſonalis in rem ſcripta, qua pater, qui filio peculium adminiſtrationis causâ dedit, convenitur, ut id, quod ex contractu filii debetur, in quantum vires peculii admittunt, perſolvat.* Quænam huic Actioni competant prædicata, patet ex ſuperiùs adnotatis. Eſt enim æquè qualitas Actioni principali, ex contractu cum filio inito, contra patrem adjecta. Et, quidnî? Siquidem pater dando filio peculium cenſetur ſe ex contractu filii, ſaltem in quantum vires peculii admittunt, obligare; ita, ut, quamvis pater contrahere prohibuerit, nihilominus teneatur, *vid. l. 29. §. un. l. 46. & 47. ff. de pecul.* aliàs nemo cum filio contraheret, & ita ceſſio peculii adminiſtrationis causâ factâ, vix non redderetur inutilis. Hac Actione juvantur ii, qui cum filio peculium à patre adminiſtrationis causâ habente contraxerunt, eorúmque hæredes, contra patrem, & hæredes, imò quemcunque peculii poſſeſſorem, in quantum vires peculii admittunt. Examinabimus breviter magis notabilia. Dixi notanter: *cum filio peculium à patre admi-* 3

 ni-

Digitized by Google

in hac; hoc ipſo enim, quòd pater ſciverit, filium negotiari, & non contradixerit, habetur pro extraneo, venítque æqualiter cum aliis creditoribus, conſulat. *cit. §. 5. b. & l. 1. pr. ff. de trib. act.* Accedit vel maximè, quòd pater totum peculium ad ſe revocando, vel iniquè inter alios dividendo, ſe privilegio prælationis indignum faciat, *arg. d. l. 5. §. 7. ff. de tribut. act. Hopp. b. ad §. 3.* Si igitur pater totum peculium ad ſe revocaverit, ſuccurritur hac Actione, vel etiam, ſi viſum fuerit, de Peculio: Præſtat quippe quandoque de Peculio, quandoque Tributaria agere. Illâ, ſi patri parùm quid, aut nihil debeatur, quia comprehendit totum peculium: Hac, ſi patris debitum magnum ſit, & merx peculiaris æquè major, alia parte peculii remanente, quia in hac pater non præfertur. *citt. tt.*

6 Exinde patet, hanc actionem competere creditoribus, quibus intuitu mercis peculiaris ex contractu filii aliquid debetur, & quidem pro rata, atque reſpectu illius negotiationis (ſi fortè filius plures habuerit) cujus intuitu crediderunt, vel contraxerunt, vid. *l. 5. §. 15. 16. & 17. ff. d. t.* Contra patrem, quo ſciente filius in merce peculiari negotiatus eſt, ejúſque hæredes, in quantum ad eos ex merce peculiari pervenit, *l. 7. §. fin. ff. d. t.* Subſiſtis, cur non in ſolidum, hoc ipſo, quòd oriatur ex contractu, actiones autem ex contractu dentur contra hæredes in ſolidum, eſto dolus, vel fraus interceſſerit, *l. 152. §. ult. l. 157. §. 2. ff. de R. J.* Fortè ideo, quia dolus hic, non in contractu commiſſus fuit, neque à contrahente, ſed à patre per diſtributionem, poſteà iniquè factam; Certum autem eſt, actiones ex contractu dari tantùm contra contrahentes, & hæredes: Prætor autem, qui actionem ex contractu extendit, non cenſetur voluiſſe ita exorbitare; & contra ejus hæredes in ſolidum eam impertiri. Quid multis? Ipſe pater non convenitur, niſi quoad mercem peculiarem: Et cur hæredes? Replicabis quidem, ſaltem teneri in quantum pater tenebatur? Neque, quia hæredes non tam ex contractu filii, quàm delicto patris, iniqua nimirum diſtributione, obſtricti videntur. Abſit tamen, ut credas (quidquid contra ſentiat *Huberus, ejúſque Scholiaſtes b. num. 6.*) nos hanc actionem ex delicto, doloſa nempe diſtributione, eruere velle; contrarium nempe ſufficienter ex dictis elucet, planúmque fit, patrem exinde ſe obligare ad æqualiter diſtribuendum, quòd patiatur filium negotiari; adeóque iniqua diſtributio eſt tantùm conditio, ſine qua non, uti in actione Pauliana fraus erga creditores, non autem cauſa principalis. Et hæc eſt veriſſima ſententia, & mens Juliani in *l. 8. ff. de tribut. act.* ibi: *quia non de dolo eſt, ſed rei perſecutionem continet:* paulò pòſt: *quamvis non aliter, quàm*

Digitized by Google

quàm dolo interveniente competat. Incumbit autem creditoribus probatio, imprimis, quòd nimirum filiusfamilias aliquid debeat ex merce peculiari, in qua ſciente patre, & non contradicente, negotiatus eſt, unde ſufficit ſola ſcientia, & patientia, *d. l. 1. §. 2. ff. de tribut. act.* ſecundò, quòd aliquid adſit in merce peculiari, vel ſaltem in ejus pretio, quod hìc, cùm peculium ſit aliquid generale, venit in locum rei, *d. l. 5. §. 11. ff. de tribut. act. arg. l. 20. §. 2. ff. de pet. hær. Manz. ad §. 3. h. num. 8.* Et ulteriùs, quòd præceſſerit iniqua, eáque doloſa diſtributio, fortaſſis, quòd pater totum peculium ad ſe avocaverit, nihilque diſtribuerit, quia etiam, qui nihil tribuit, iniquè diſtribuit, ait JCtus in *l. 7. §. 2. ff. eod.* vel uni totum, vel plus, alteri nihil, vel minus ſolverit. Dixi: *Doloſa*, dolum enim requiri ſaltem per modum conditionis ſine qua non, luculenter patebit conferenti, *d. l. 7. §. 2.* ibi: *ſi cujus dolo malo factum eſt, quò minùs ita tribueretur*, paulò poſt: *quæ Actio dolum malum coërcet domini.* Rurſus paulò pòſt: *ſi tamen ignorans minus tribuit, non videtur dolô minus tribuiſſe, ſed re comperta, ſi non tribuat, dolo non caret.* Item in *§. 3. ibid. in fin. dicendum erit, teneri eum tributoria, SI DOLUS INTERVENIT.* Quid, ſi iniqua diſtributio ſit facta, ſed bona fide? Qui minus accepit non contra diſtribuentem, ſed contra eum, qui plus accepit, regreſſum habet, vid. *cit. l. 5. §. fin. ff. d. t. Voët. ibid. num. 5.* Effectus hujus actionis in eo ſitus eſt, ut pater corrigat diſtributionem iniquè factam, ſalvâ tamen circa jus prælationis prærogativâ creditorum, qui fortè ſpeciali jure muniti ſunt, *d. l. 5. §. 8. & 17. ff. d. t.* Sunt, qui duplicem actionem ſtatuunt Unam, ad faciendam diviſionem, Alteram ad iniquè factam corrigendam, quos vide-ſis apud *Mollemb. Theſ. Jur. d. t. num. 5.* Sunt pariter, qui contendunt, hanc actionem non obtinere ad faciendam diviſionem; ſed ſolummodo ad doloſè factam corrigendam. Ita cum aliis *Hub. h. num. 6.* Verùm ſcire cuperem à Viro Clariſſimo, qua actione ſuccurrendum foret creditoribus, ſi pater totam mercem peculiarem, quæ maximam peculii partem faceret, ad ſe revocâſſet, nec vellet pro rata dividere? Nónne etiam ille, qui nihil tribuit, iniquè diſtribuit, ùt probat textus, quem pro ſe allegat Author in *d. l. 7. §. 2. ff. de tribut. act.* Defendens ejus cauſam, dabis actionem de peculio. At, quid, ſi hac actione minùs creditoribus proſpectum ſit, cùm parùm, vel nihil ſit in peculio, vel ſit quidem peculium ſatis amplum, ſed patris creditum æquè notabile, pater autem æquam diviſionem reſidui contumaciter detrectet? (a) Hic habes meditationis reliquias;

Mmm Et

(a) Cauſam Huberi ſuſcipiens rogas: Ubi hic dolus ad hanc actionem requiſitus? In eo, quòd

70 Effectus libelli eſt, quòd Judex debeat ſecundùm illum ſententiam ferre : ita, ut, ſi actum ſit ex capite nullitatis, non debeat pronunciare ex remedio reſciſſionis. (II.) Quòd Actor, oblatô libellô debeat litem proſequi, ſi reus urgeat, & illius interſit, *nov. 112. cap. 3.* (III.) Quòd Actor cenſeatur ea confeſſus, quæ in libello expreſſit, *arg. l. 13. C. de non num. pecun.* (IV.) Quòd, ſi fuerit Principi oblatus, & deſuper ille reſcripſerit, habeat vim litis conteſtatæ, ita, ut actiones perpetuentur, & tranſmittantur *in* - & *ad* hæredes, *l. 1. C. quando libello Princip. datus &c.*

71 Contraria libelli ſunt vitia, quæ dignoſcuntur ex illius virtutibus: Diximus ſupra, libellum debere eſſe clarum, certum & aptum, adeoque contrariabitur *Obſcuritas*, ſi genus actionis, aut jus agendi non intelligatur, aut nimia *Generalitas*, ùt, ſi Actor peteret fundum, & reus plures haberet fundos; excipitur, ſi actio ſit generalis, ùt eſt petitio hæreditatis, querela inoff. &c. *Voët. ff. de Edend. num 5. Incertitudo*, ſubeſt inprimis, ſi disjunctivè ſit conceptus; niſi actio ſit talis, ùt eſt actio noxalis, ubi agitur ad æſtimationem, vel ſervum noxæ, aut etiam, niſi dubium ſubſit, quænam actio competat, v.g. reſciſſionis, vel nullitatis; per ea, quæ habet *Hub. d. t. n. 8. lit. f. &c.* deinde; ſi contrarietatem contineat, quo caſu planè nullus eſt. *Ineptitudo*, ſi ſcilicet plures actiones ineptæ, incompatibiles, de quibus ſuperiùs dictum, accumulentur, quæ pariter libellum vitiant. Monemus tamen Judicem, ut, ſi libellus commoda interpretatione juvari poſſit, illum benignè admittat, ita præcipiente Ulpiani æquanimitate in *l. 66. ff. de jud. Gail. 1. obſ. 66. num. 6.*

&

Jure Canonico, quoties agitur, deficiente actione, de peccato vitando, uti probabiliùs obtinet ex pacto nudo. *c. 1. & 3. de pact.* Jung. *c. 2. de offic. Jud.* quandoque acceſſoriè, & minùs principaliter, ſi adjungatur actioni inſtitutæ, ùt plerumque fieri ſolet. Hoc officio veniunt non rarò acceſſoria v. g. fructus, uſuræ, expenſæ &c. quorum intuitu actio ſeorſim & ſeparatim moveri nequit; veniunt nihilominus lite principali pendente, non jure actionis, ſed officio Judicis, quatenus ſeparata actione ſeorſim peti non poſſunt. Huc faciunt *l. 49. 5. un. de A. E. V. l. 54. pr. ff. locat. l. 8. ff. de eo, quod cert. loc.* Sic in bon. fid. judiciis debentur uſuræ ex mora officio Judicis, quamdiu actio ratione ſortis adhuc ſupereſt; ea verò ſoluta ſeorſim uſuræ peti non poſſunt, etiam implorato ſeorſim Judicis officio, quia hic ſe habent tantùm acceſſoriè *arg. d. l. 49. 5. un. de A. E. V.* Limita, ſi fuerint in ſtipulationem, vel (hodie) in pactum deductæ, cùm hoc caſu competat ſpecialis actio. Num autem moribus hodiernis, ſolutæ etiam ſorte, ſeorſim citra pactum, ſeu ſtipulationem, adeóque præcisè ex mora peti poſſint, dubium videri poteſt. Affirmat Conſultiſſ. Böhmerus *tr. de action. 5. 32. lit. E.* cùm ceſſet ratio proceſſus formularii. At, cùm non hæc videatur unica ratio, quòd olim non venerint ſeorſim, ſed potiùs hanc fuiſſe, autumari poſſit, quia tantùm ſe habent acceſſoriè, veremus Celebratiſſimo aliàs Authori accedere, praxis tamen, quæ multiplex, dabit.

Digitized by Google

& ſeqq. in nullo enim penitùs aberrare, Divinitatis potiùs, quàm humanitatis eſſe, agnovit ipſe Imperator in *l. 2. §. 14. C. de V. I. E.* & in tantum partes Actoris ſunt favorabiles; ſecùs verò rejiciat, &, ùt dici ſolet, dentibus laceret, Actore in expenſas condemnato, relictâque eidem facultate alium, ſed meliorem, concipiendi, *l. 15. ff. d. t. citat. Author ibid. n. 1. & ſeqq.* Verùm hìc non omittenda ſe offert diſceptatio.

Utrùm libellus non poſſit emendari, vel omninò mutari. Emendari dicitur, ſi tantùm corrigantur accidentalia libelli, v. g. ſi fuerit alternativus, vel generalis, & ad rem certam determinaretur. Mutatio verò contingit, ſi ipſa ſubſtantia invertatur, ùt, ſi petiêrim equum, poſtea bovem petam; ſi ex empto egerim, deinde agerem ex ſtipulatu. Hìs præmiſsis, minus dubium eſt, emendari poſſe usque ad ſententiam, dummodò Reo refundantur ab emendante expenſæ, *arg. l. 66. & 76. ff. de jud.* & clariùs in *l. 46. ff. de re jud.* ibi: *Actorum verba emendare, tenore ſententiæ perſeverante, non eſt probibitum.* Jungatur *l. 4. §. fin. ff. de nox. act.* Idem dicendum de Mutatione usque ad litem conteſtatam, & huc verè ſpectat *l. 3. C. de Edend.* ceu eruditè oſtendit *Laud. Colendiſſ. D. D. de Herz p. m. ubi ſuprà num. 16.* Addat. *Noodt de Juriſd. lib. 1. cap. 13.* Sed rogas, quando ergo dicitur lis conteſtata? Quando litigantes coram Judice affirmando, & negando declarant, ſe velle litigare, germanicè, Kriegs-Beveſtigung. Poſt litem conteſtatam verò, quod majus eſt dubium, poteſt quidem libellus mutari, refuſis reo expenſis, ſed vix manebit ampliùs, ſaltem ſtrictè, & adæquatè, idem judicium, quoniam mutatâ ſubſtantiâ haud dubiè debet etiam mutari judicium. Manebit tamen quodammodo inadæquatè (& in hoc erit differentia à renunciatione, ſeu ſpontanea ceſſione) quatenus non erit opus (I.) nova citatione, quia Reus aliunde eſt præſens, vidétque libellum mutari. Nec obſtat paritas à jure veteri deſumpta, quia ibi debebat actio edi coram Prætore, qui formulam dabat; hinc actione mutatâ coram Judice pedaneo, neceſſum erat, illô deſertô, actionem novam (refuſis tamen expenſis, *arg. l. 79. ff. de jud.*) coram Magiſtratu Majori, qui novam formulam dabat, proponere, & novam planè litem inſtituere, unde nec mutationi, neque emendationi ampliùs erat locus, vid. deſuper ſolidè æquè, ac eruditè *Hub. h. num. 35.* Quibus tamen opponi poſſunt ea, quæ non minùs nervosè adducit *Voët. ff. de Edend. num. 9.* Hodie verò idem eſt Prætor, & Judex, hinc etiam aliter diſcurrendum. (a)

 Ne-

(a) De hac quæſtione altum foret ſilentium, niſi aliqua pro meliori textuum penetratione, ſeu intelligentia monenda videantur. Conſtat ex alibi dictis, fuiſſe Judicibus peda-

Digitized by Google

Neque erit ulteriùs (II.) opus novo libellô, ſuppoſitô, quòd prior facili modo, unâ ſcilicet, vel alterâ particulâ mutatâ, v. g. locò *bovis*, equus, locò ex *empto* ſcribi ex *legato*, corrigi poſſit: Ad quid enim mutare integrum libellum, & inutiles expenſas facere? Similiter (III.) non erit præſtanda nova ſatisdatio, caſu quo fidejuſſores generaliter ſe ſe obligârint: Aliter foret, ſi circa ſpecialem actionem, ſeu rem fidejuſſiſſent, cùm fidejuſſio ſit Stricti Juris, neque ſe extendat ad non expreſſa. Ratio horum omnium eſt, quia mutatô ita libellô, refuſisque Reo expenſis hactenus erogatis, nullum illi contingit præjudicium, ſed reſiſtenti opponitur: *Tuâ non intereſt.* Inde eſt, quòd, utì monuimus, videatur manere idem judicium ſaltem latè, cùm maneant omnia ante litem conteſtatam peracta: & ita intelligendus *§. 35. Inſt. de Action.* Fit nihilominus nova inſtantia, quia requiritur nova litis conteſtatio, per quam Reus ſe declarat, an velit in actione mutata litigare, & ideo conceditur illi novum tempus deliberandi, & huc quadrabit reſponſum Pauli in *l. 23. ff. de jud. Non poteſt videri in judicium veniſſe id, quod poſt judicium acceptum accidiſſet, adeóque alia interpellatione opus eſt.* Qui plura circa hanc quæſtionem deſiderat, adeat ſæpiùs *memorat. D. D. de Herz d. Tr. l. 2. n. 16. usque ad fin.* ubi erudititſſima de veteri formularum mutatione inveniet. Idem Voët. *b. t. num. 9.* Jam filum, quod abrupimus, per nodum continuabit

TI-

pedaneis à Prætore præſcriptam certam formulam ad amuſſim obſervandam; hinc lite deſuper conteſtata, nec libelli emendatio, nec & multò minùs, mutatio erat permiſſa, ſed errore comperto Actor litem deſerere, & refuſis reo expenſis *l. 79. ff. de jud.* Prætorem denuò adire, & novam formulam impetrare poterat. De harum formularum captióſa vanitate pulcherrimè (ut nemo melius) ſcribit Seneca *Ep. 48.* Non moramur *Weſſemb. Diſp. 8. part. 1. ad Pand. th. 20.* Nam ponamus, Judicem dediſſe formulam ex empto, qui poterat mutato fortè libello ex ſtipulatu, juxta formulam ſibi præſcriptam judicare? Reponit quidem hîc Author, non fuiſſe datas formulas ſub tam ſtricta interpretatione. At ſi hoc, ita, ut actio coram Prætore nunquam edita admitteretur, ad quid inſerviebat præſcriptio formulæ? & alia in ſtricti juris, alia in bonæ fidei contractibus? Sanè ſi in judiciis ſtricti juris non poterat Judex datus admittere novas exceptiones *arg. l. 8. & 9. C. de except. l. 9. C. de præſcript. long. temp.* cum tamen ad ipſam cauſam ſpectent; Aut compenſationem *§. 30. de Action.* quæ tamen ſummâ nititur æquitate; certè multo minùs potuiſſe admittere novam actionem, inferendum eſt. Quis negabit, debuiſſe edi actionem *l. 3. C. de Edend.* Ubi nam? Apud Prætorem. His graviter quidem videtur obſtare *l. 10. C. de fidejuſſoribus.* ibi: ANTE CONDEMNATIONEM. Sed vel eſt interpollatio, ſeu emblema Triboniani, vel cubat in mendo, ut legendum ſit ANTE LITIS CONTESTATIONEM; alias non congruit temporibus Alexandri, ubi proceſſus formularius in viridi adhuc erat obſervantia. Fuit equidem à Diocletiano & Maximiano in *l. 2. C.*

de

Digitized by Google

TITULUS VII.

Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.

EX facto alieno tum licito, tum illicito varias oriri actiones, patebit ex dicendis, & quidem de prioribus agemus *hoc*; de poſterioribus *titt. ſeqq. 8. & 9.* Hic autem primò dabimus eas, quæ oriuntur ex facto illorum, qui ſunt ſub noſtra poteſtate, vel dominica, vel patria, ùt filii, vel ſervi, deinde eas, quæ ex negotiis, ab aliis etiam geſtis, competunt. Ubi tamen generaliter notes velim, Actiones, de quibus hic agitur, non eſſe novas, ſeu principales, ſed potiùs qualitates à Prætore Actionibus principalibus, ex contractu filii, vel ſervi, aut etiam Magiſtri ortis, adjectas; quatenus ille, nempe Prætor, æquitate naturali motus, Actiones ex ejusmodi contractibus emanantes, quæ de Jure Civili non darentur, niſi contra contrahentes, eorúmque hæredes,

de pedan. jud. reſtricta poteſtas dandi Judices, non tamen planè cum differentiis inter actiones bonæ fidei & ſtrictæ juris, & actionum formulis, de quibus textus nihil memorat, planè ſublata. Imò viguiſſe adhuc uſum Judicis pedanei patet ex *l. 5. C. d. t.* quæ eſt longè poſterior. Illa quippe emanavit Anno 294. Iſta 362. Id, quod magis etiam conſtat ex *l. 2. C. de in lit. jurand.* quæ eſt eorundem Impp. Dioclet. & Max. & illa ſimiliter poſterior; prodiit enim 8. Cal. Jan. id eſt; 25. Dec. & *cit. l. 2. de ped. jud.* 15. Cal. Auguſt. id eſt, 18. Jul. ejusdem Anni, ſtatuitque, convenire, ut JUDEX DATUS ſententiam dicat. Judicis DATI fit etiam mentio in *l. 3. C. ſi à non comp. Jud. jud. eſſ. dic.* quæ lata eſt An. 297. adeóque tribus annis poſt. *d. l. 2. de ped. Jud.* Unde apparet, quod tam Judices pedanei, quàm etiam ex conſequenti formulæ præſcriptæ primum in *l. 2. C. de formulis & impetrat.* adeóque An. 428. ſublatæ ſint. Ut eruditiſſimè deducit Celeberr. Noodt *de Juriſd. l. 1. c. ult. ſeu 15.* His equidem ſe ſe opponit Præclariſſ. Voet. *ff. de edend. n. 9.* contenditque, tam hodie, quàm olim potuiſſe fieri manente eodem judicio mutationem libelli etiam poſt litem conteſtatam: adducit pro cauſæ patrocinio *§. 34. & 35. de rer. diviſ.* Nec non *l. 3. Cod. de edend & l. 4. §. fin. ff. de nox. act.* Verùm iſthæc non movent. Siquidem *cit. §. 35.* intelligitur de judicio latè, ſeu inadæquatè tali. *L. 3. C. de edend.* admittit quidem mutationem libelli poſt editam actionem, ſed non poſt litem conteſtatam; eſt autem inter actionis editionem, & litis conteſtationem non modicum temporis intervallum nota dignum, intra quod ſpatium nil vetat, potuiſſe fieri libelli mutationem. In *l. 4. §. fin. ff. de nox. act.* dicitur quidem, poſſe eòdem judicio detrahi, vel apponi ſcientiam domini, & ſic actionem noxalem mutari in actionem Legis Aquiliæ, aut viciſſim; Sed eſt caſus ſpecialis minimè in conſequentiam trahendus; quippe hæ duæ actiones competunt electivè *d. l. 4. §. 2. in fin.* & hinc non litis conteſtatione, ſed primùm ſententia perimuntur, *arg. cit. l. §. fin.* Nec hic tam mutatio, quàm potiùs declaratio contingit, cùm utraque actio electivè competat, neque ſint ſubſtantialiter diverſæ.

Digitized by Google

adeóque filium, aut Magiſtrum, extendit, fecítque, ut etiam dentur contra Patrem, Dominum, vel Exercitorem, ſeu præponentem. Inde eſt, quòd de ſe neque ſint Bonæ fidei, neque ſtricti juris; ſed pro diverſitate Actionis principalis, ſeu negotii cum filio, vel ſervo initi, uti in decurſu apparebit, baptizandæ. Ex facto filiorum (id ipſum, ſub aliqua tamen differentia, quam exhibet *Hub. b. num.* 10. intellige de ſervis, quorum tamen uſus jam eſt abolitus) eruimus ſequentes

§. I.

De Actione quod Juſſu, de Peculio, & Tributoria.

1 EX facto eorum, qui ſub noſtra ſunt poteſtate, oritur primò ACTIO QUOD JUSSU, quæ eſt *Actio Perſonalis, Prætoria, qua convenitur pater* (idem proportionaliter de domino) *quo jubente filiusfamilias contraxit, ut id, quod ex contractu debetur, perſolvat, arg. pr. & §. 1. b. t.* Si ſcire cupis, num ſit Bonæ fidei, vel ſtricti juris, reſpice ad contractum cum filiofamilias juſſu patris initum: Ita, ut, ſi ille ſit Bonæ fidei, & hanc actionem Bonæ fidei eſſe dicas: ſi Stricti juris, & actionem hanc ſtricti juris ſtatuas. Fac, filium juſſu patris emiſſe equum, dabitur contra patrem *Actio, quod juſſu empti-venditi bonæ fidei;* Fac econtra filiumfamilias juſſu patris ſumpſiſſe mutuas pecunias: dabitur contra patrem *Condictio certi ex mutuo, quod juſſu*, adeóque Stricti juris: verbô: eſt illa ipſa actio principalis, quæ ex contractu filii naſcitur, à Prætore ad patrem extenſa, quod, ùt diximus, ad omnes has ſequentes actiones applicandum: hinc etiam gaudent iis ipſis prædicatis, quibus cæteræ Actiones ex contractu ortæ; adeóque ſunt omnes Rei-perſecutoriæ Perpetuæ ad-& in hæredes Tranſitoriæ. Cauſam productivam hujus (uti omnium harum Actionum) non eſt, quòd diu quæramus, poſtquam vidimus, eſſe qualitatem à Prætore, qui erat *Cauſa Effectiva Remota*, adjectam, & ex obligatione occaſione contractûs cum filiofamilias juſſu patris initi naſcente, tanquam *Cauſâ Effectivâ Proximâ*, ortam: Neque difficile erit ex dictis colligere, hanc Actionem competere iis, quibus aliquid à filio, juſſu patris contrahente, debetur, & hæredibus, contra patrem & hæredes. Imò, ſi ſermo de utili, dabitur contra quemcunque, qui alterum juſſit contrahere, veluti deducunt ex *l. 7. §. unic. C. quod cum eo, qui in alien. pot.*

2 Probari tamen debet juſſus patris, per quem non intelligimus præcisè juſſum cum quodam imperio conjunctum, prout ſumitur in *§. 4.*

de

de tut. ſed conſenſum patris (ſpecialem tamen ad contrahendum) ſive antecedentem, ſive concomitantem, ſive ſubſequentem litteris, verbis, alióve modò (ùt, ſi Chirographo filii ſubſcripſerit, *d. l. 1. §. 4.*) expreſſum *l. 1. §. 1. 3. & 6. ff. quod juſſu.* Sed, quomodò differt juſſus à mandato? Præter hoc, quòd juſſus requirat conſenſum expreſſum, non item mandatum, *l. 18. ff. mand. Hopp. b. ad §. 1.* Juſſus ad filium dirigitur, & ſupponit obligationem parendi: Mandatum econtrà dirigitur ad tertium, qui cum filio contrahit, v. g. ſi cuidam amico mandem, vel eum rogem, ut filio meo mille credat, ſeu mutuò det, quo caſu obtinet Actio mandati, *l. 8. C. mand.* Nihil tamen obſtabit, quin & filio mandari poſſit, fortè etiam rogando, ut filius mutuam pecuniam ſuo (patris) nomine accipiat, quo caſu mutuanti contra patrem æquè competet Actio quod juſſu, ita intelligimus, *d. l. 1. §. 3. ff. d. t.* ibi: *Sed, ſi mandaverit pater* (intellige filio) *dominúſve videtur juſſiſſe.* Aliter hanc legem explicat *D. D. Franz b. t. part. 6. num. 8.* Inde advertis, non ſufficere ſolam patris ſcientiam, *arg. d. l. 1. §. 5.* ſed iſta faciet locum Actioni Tributoriæ: Minùs ſufficiet, ſi pater filium tantùm commendaverit, *l. fin. C. b. t. junctâ l. 12. §. 12. ff. mand.* Multò minùs obtinebit hæc Actio, ſi filius deliquerit, quamvis jubente patre; ſed dabitur Actio ex delicto, *l. 2. ff. de nox. act. l. 11. §. 3. ff. de injur.* His in judicium ritè deductis, pater condemnabitur in ſolidum ad ſolvendum id, quod ex contractu filii debetur, eſto fortè iſte pecuniam malè impenderit, *§. 1. b.* dummodò filius juſſum non exceſſerit, *vid. l. 3. ff. d. t.*

Ex facto eorum, qui ſub noſtra ſunt poteſtate, oritur Secundò ACTIO DE PECULIO, quæ eſt *Actio Prætoria Perſonalis in rem ſcripta, qua pater, qui filio peculium adminiſtrationis causâ dedit, convenitur, ut id, quod ex contractu filii debetur, in quantum vires peculii admittunt, perſolvat.* Quænam huic Actioni competant prædicata, patet ex ſuperiùs adnotatis. Eſt enim æquè qualitas Actioni principali, ex contractu cum filio inito, contra patrem adjecta. Et, quidnî? Siquidem pater dando filio peculium cenſetur ſe ex contractu filii, ſaltem in quantum vires peculii admittunt, obligare; ita, ut, quamvis pater contrahere prohibuerit, nihilominus teneatur, *vid. l. 29. §. un. l. 46. & 47. ff. de pecul.* aliàs nemo cum filio contraheret, & ita ceſſio peculii adminiſtrationis causâ factâ, vix non redderetur inutilis. Hac Actione juvantur ii, qui cum filio peculium à patre adminiſtrationis causâ habente contraxerunt, eorúmque hæredes, contra patrem, & hæredes, imò quemcunque peculii poſſeſſorem, in quantum vires peculii admittunt. Examinabimus breviter magis notabilia. Dixi notanter: *cum filio peculium à patre admi-* 3

 ni-

Digitized by Google

miniſtrationis cauſâ habente contraxit, in hoc enim ſolummodò militat præſumpta patris voluntas, qua cenſetur, in quantum peculii vires admittunt, ſe obligare; idcircò neque obtinet in toto peculio profectitio, ùt, ſi intuitu patris filio aliquid donatum ſit; ſed tantùm in illo, quod habet à patre adminiſtrationis gratiâ. Multò minùs obtinet hæc actio in peculio Caſtrenſi, vel quaſi, ubi filius habetur pro patrefamilias, *l. 2. ff. ad SC. Maced.* & ipſe convenitur; aut etiam in extraordinario, quia & hoc pleno jure ad filium ſpectat, *nov. 117. c. 1.* vel denique in adventitio ordinario, quia, eſto pater ſit legitimus adminiſtrator, & uſusfructuarius, *l. 6. §. 2. C. de bon. quæ lib.* non tamen hac actione, ſed ùt legitimus adminiſtrator convenitur, *l. 1. C. de bon. mater. l. ult. §. 3. C. de bon. quæ lib.* jung. *Hopp. ad §. 10. de act. verſ. Ex quo.* Hinc fallit, & fallitur *D. Someting d. t. part. 15. num. 145.* ubi, haud dubiè ſeductus ab Hamel, docet, hanc actionem competere etiam intuitu peculii extraordinarii, quod planè abſurdum videtur; ſupponit namque hæc actio factum patris peculium concedentis: hoc autem in aliis peculiis deficere, notum eſt omnibus, quibus natura peculiorum perſpecta eſt. *Addat. Hab. b. n. 7.* Dixi: *Contraxerunt:* Ita, ut non tantùm omnes contractus verè tales (ſi mutuum excipias, *§. 7. h. t.*) ſed etiam quaſi tales huc ſpectent, *l. 14. ff. de neg. geſt. l. 7. de tutel.* non tamen delicta; non enim peculium ad delinquendum, ſed contrahendum, vel adminiſtrandum datum præſumitur, *arg. l. 1. §. 7. ff. de his, qui eff. vel dejec.* Erit itaque ipſe filius conveniendus, ita, ut, ſi non habet in ære, luat in cute, *arg. l. ult. ff. de in jus voc.* Quid verò, ſi habeat in peculio? Si fuerit per ſententiam condemnatus, fit executio peculio tenus contra patrem, *l. 3. §. 11. ff. de pecul.* quia non ampliùs ex delicto, ſed ex quaſi contractu, qui per litis conteſtationem inducitur, conſurgit obligatio, *arg. l. 29. ff. de novat.* Dixi: *Et quemcunque peculii poſſeſſorem. l. 27. §. 2. ff. de pecul.* Imò & contra illum, qui dolo deſiit poſſidere, *l. 21. pr. ff. eod.* Hinc diximus in definitione, quòd ſit in rem ſcripta. Dixi: *In quantum vires admittunt. §. 4. verſ. Itaque* (ibi: *pro cæteris verò quinque eatenus QUATENUS IN PECULIO ſit) h. t.* jungatur *§. 10. de Act.* ibi: *Æquum tamen eſt PECULIO-TENUS eos* (patres) *condemnari.*

4 Conſiderantur autem vires peculii juxta ſtatum, in quo ſunt tempore rei judicatæ, *arg. l. 30. pr. ff. l. 4. ff. d. t. l. 7. §. 15. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. Voët. num. 9.* propterea, quamvis tempore litis conteſtatæ in peculio nihil adſit, tamen obtinebit Actio, ſi ſubſit ſpes augmenti, *vid. l. 50. ff. de pecul.* Quid, ſi filius moriatur? Diſtingue, ſi pater peculium acquirat vi patriæ poteſtatis, quatenus peculium morte filii ad patrem

Digitized by Google

trem revertitur, tenetur tantùm pro viribus peculii, ita tamen, ut habeatur etiam ratio aliorum peculiorum ad filium defunctum ſpectantium: ſi verò, ùt hæres, fortè à filio inſtitutus, in ſolidum (ſuppoſitô, quòd inventarium non confecerit) conveniri poteſt, *l. 17. pr. ff. de caſtr. pecul.* Rogas, cur non etiam in priori caſu in ſolidum poſſit conveniri, cùm pater & filius æquè habeantur pro una perſona, ſicut hæres & defunctus, *l. ult. C. de impub. & aliis ſubſt.*? Ideo, quia pater, ùt pater independenter à proprio facto, adeóque neceſſariò habentur pro una perſona: econtrà hæres talis fit ex facto proprio, adeóque ſpontè; hinc eidem magis poteſt imputari. Fit igitur condemnatio in hac actione juxta vires peculii, ita tamen, ut priùs detrahatur, quod patri à filio, fortè ex contractu poſt acceptum peculium inito, debetur, *d. §. 4. in fin. b.* quia cenſetur præveniſſe reliquos creditores, *l. 9. §. 2. ff. de pecul.* Niſi fortè pater aliunde debitum ſuum conſequi poſſit, *l. 11. §. 6. ff. d. t. Hopp. ad d. §. 4. b.* Porrò, licèt hæc Actio ſit de ſe perpetua, ſoluta tamen, vel morte, vel emancipatione, patria poteſtate, ultra annum ſe non extendit, *l. 1. pr. & §. 1. ff. quand. act. de pec. ann. eſt*, quia ſoluta patria poteſtate extinguitur peculium, *d. l. 1. §. 3.* Imò, quandoque etiam citiùs hæc Actio exſpirat, ſi fortè Actio principalis breviùs duret, ùt exemplô de redhibitoria optimè limitat Paulus in *l. 2. ff. d. t.* Moribus hodiernis, cùm per ſeparatam œconomiam cenſeatur filius tacitè emancipatus, rarior erit hujus Actionis uſus, niſi pater filium, cui peculium adminiſtrandum dedit, in domo ac victu ſecum retinuerit. *Stryck. U. M. P. de pecul. §. 2.*

Ex facto eorum, qui ſub noſtra ſunt poteſtate, oritur Tertiò 5
ACTIO TRIBUTORIA à tribuendo, vel diſtribuendo dicta *§. 3. b.* Eſt *Actio Prætoria Perſonalis, qua pater, quo ſciente filius in merce peculiari contraxit, convenitur, ut mercem illam pro rata inter creditores diſtribuat, vel etiam* (& principaliter) *diſtributionem iniquè factam corrigat.* vid. *§. 3. b. & l. 1. pr. ff. de tribut. act.* Hujus Actionis æquitas in eo conſiſtit, quòd æquum ſit, ut merx peculiaris æqualiter inter creditores parili jure venientes diſtribuatur: Concurrunt equidem (ſuppoſita iniqua diſtributione) Actio de Peculio & Tributoria, uti videre eſt in *§. 5. b.* de quo concurſu non inepta Criſis videri poteſt apud Titium in *Th. Jur. ff. quod juſſu num. 20.* maximum tamen inter utramque intercedit diſcrimen; nam imprimis in Actione de peculio venit totum peculium, filio adminiſtrationis gratiâ conceſſum, in Tributoria verò tantùm illud, cujus intuitu filius, patre conſentiente, & non contradicente negotiatus eſt: In illa deinde pater, ex dictis, præfertur aliis creditoribus, non item

in

Digitized by Google

in hac; hoc ipſo enim, quòd pater ſciverit, filium negotiari, & non contradixerit, habetur pro extraneo, venítque æqualiter cum aliis creditoribus, conſulat. *cit. §. 5. b. & l. 1. pr. ff. de trib. act.* Accedit vel maximè, quòd pater totum peculium ad ſe revocando, vel iniquè inter alios dividendo, ſe privilegio prælationis indignum faciat, *arg. d. l. 5. §. 7. ff. de tribut. act. Hopp. b. ad §. 3.* Si igitur pater totum peculium ad ſe revocaverit, ſuccurritur hac Actione, vel etiam, ſi viſum fuerit, de Peculio: Præſtat quippe quandoque de Peculio, quandoque Tributaria agere. Illâ, ſi patri parùm quid, aut nihil debeatur, quia comprehendit totum peculium: Hac, ſi patris debitum magnum ſit, & merx peculiaris æquè major, alia parte peculii remanente, quia in hac pater non præfertur. *citt. tt.*

6 Exinde patet, hanc actionem competere creditoribus, quibus intuitu mercis peculiaris ex contractu filii aliquid debetur, & quidem pro rata, atque reſpectu illius negotiationis (ſi fortè filius plures habuerit) cujus intuitu crediderunt, vel contraxerunt, vid. *l. 5. §. 15. 16. & 17. ff. d. t.* Contra patrem, quo ſciente filius in merce peculiari negotiatus eſt, ejúſque hæredes, in quantum ad eos ex merce peculiari pervenit, *l. 7. §. fin. ff. d. t.* Subſiſtis, cur non in ſolidum, hoc ipſo, quòd oriatur ex contractu, actiones autem ex contractu dentur contra hæredes in ſolidum, eſto dolus, vel fraus interceſſerit, *l. 152. §. ult. l. 157. §. 2. ff. de R. J.* Fortè ideo, quia dolus hic, non in contractu commiſſus fuit; neque à contrahente, ſed à patre per diſtributionem, poſteà iniquè factam; Certum autem eſt, actiones ex contractu dari tantùm contra contrahentes, & hæredes: Prætor autem, qui actionem ex contractu extendit, non cenſetur voluiſſe ita exorbitare; & contra ejus hæredes in ſolidum eam impertiri. Quid multis? Ipſe pater non convenitur, niſi quoad mercem peculiarem: Et cur hæredes? Replicabis quidem, ſaltem teneri in quantum pater tenebatur? Neque, quia hæredes non tam ex contractu filii, quàm delicto patris, iniqua nimirum diſtributione, obſtricti videntur. Abſit tamen, ut credas (quidquid contra ſentiat *Huberus, ejúſque Scholiaſtes b. num. 6.*) nos hanc actionem ex delicto, doloſa nempe diſtributione, eruere velle; contrarium nempe ſufficienter ex dictis elucet, planúmque fit, patrem exinde ſe obligare ad æqualiter diſtribuendum, quòd patiatur filium negotiari; adeóque iniqua diſtributio eſt tantùm conditio, ſine qua non, uti in actione Pauliana fraus erga creditores, non autem cauſa principalis. Et hæc eſt veriſſima ſententia, & mens Juliani in *l. 8. ff. de tribut. act.* ibi: ***quia non de dolo eſt, ſed rei perſecutionem continet:*** paulò pòſt: ***quamvis non aliter, quàm***

quàm dolo interveniente competat. Incumbit autem creditoribus probatio, imprimis, quòd nimirum filiusfamilias aliquid debeat ex merce peculiari, in quâ ſciente patre, & non contradicente, negotiatus eſt, unde ſufficit ſola ſcientia, & patientia, *d. l. 1. §. 3. ff. de tribut. act.* [illegible] non, quòd aliquid adſit in merce peculiari, vel ſaltem in ejus [illegible] quod hic, cùm peculium ſit aliquid generale, venit in locum rei, *d. l. 5. §. 11. ff. de tribut. act. arg. l. 20. §. 2. ff. de pet. hær. Manz. ad §. 3. h. num. 8.* Et ulteriùs, quòd præceſſerit iniqua, eáque doloſa diſtributio, fortaſſis, quòd pater totum peculium ad ſe avocaverit, nihilque diſtribuerit, quia etiam, qui nihil tribuit, iniquè diſtribuit, ait JCtus in *l. 7. §. 2. ff. eod.* vel uni totum, vel plus, alteri nihil, vel minus ſolverit. Dixi: *Doloſa*, dolum enim requiri ſaltem per modum conditionis ſine qua non, luculenter patebit conferenti, *d. l. 7. §. 2.* ibi: *ſi cujus dolo malo factum eſt, quò minùs ita tribueretur*, paulò poſt: *quæ Actio dolum malum coërcet domini.* Rurſus paulò pòſt: *ſi tamen ignorans minus tribuit, non videtur dolô minus tribuiſſe, ſed re comperta, ſi non tribuat, dolo non caret.* Item in *§. 3. ibid. in fin. dicendum erit, teneri eum tributoria, SI DOLUS INTERVENIT.* Quid, ſi iniqua diſtributio ſit facta, ſed bona fide? Qui minus accepit non contra diſtribuentem, ſed contra eum, qui plus accepit, regreſſum habet, vid. *cit. l. 5. §. fin. ff. d. t. Voët. ibid. num. 5.* Effectus hujus actionis in eo ſitus eſt, ut pater corrigat diſtributionem iniquè factam, ſalvâ tamen circa jus prælationis prærogativâ creditorum, qui fortè ſpeciali jure muniti ſunt, *d. l. 5. §. 8. & 17. ff. d. t.* Sunt, qui duplicem actionem ſtatuunt Unam, ad faciendam diviſionem, Alteram ad iniquè factam corrigendam, quos vide-ſis apud *Mollemb. Theſ. Jur. d. t. num. 5.* Sunt pariter, qui contendunt, hanc actionem non obtinere ad faciendam diviſionem; ſed ſolummodo ad doloſè factam corrigendam. Ita cum aliis *Hub. h. num. 6.* Verùm ſcire cuperem à Viro Clariſſimo, qua actione ſuccurrendum foret creditoribus, ſi pater totam mercem peculiarem, quæ maximam peculii partem faceret, ad ſe revocâſſet, nec vellet pro rata dividere? Nónne etiam ille, qui nihil tribuit, iniquè diſtribuit, ùt probat textus, quem pro ſe allegat Author in *d. l. 7. §. 2. ff. de tribut. act.* Defendens ejus cauſam, dabis actionem de peculio. At, quid, ſi hac actione minùs creditoribus proſpectum ſit, cùm parùm, vel nihil ſit in peculio, vel ſit quidem peculium ſatis amplum, ſed patris creditum æquè notabile, pater autem æquam diviſionem reſidui contumaciter detrectet? (a) Hic habes meditationis reliquias;

(a) Cauſam Huberi ſuſcipiens rogas: Ubi hic dolus ad hanc actionem requiſitus? In eo, quòd

Et nos interim monentes, quòd poſſit pater ſe liberare, cedendo creditoribus mercem peculiarem, *l. 7. §. 1. ff. eod.* ulteriùs ad Actiones, quæ ex facto alieno. & quidem eorum naſcuntur, qui non ſunt ſub noſtra poteſtate, vel patria, vel dominica, convenimur.

§. II.

De Actione Exercitoria, Inſtitoria, & de in rem verſo.

7 ACTIO EXERCITORIA nomenclaturam derivat ab Exercitore, ſeu illo, ad quem omnes redirus navis, ſeu negotiationis maritimæ ſpectant; ſive dein dominus ſit, ſive navem per averſionem conduxerit, vel ad tempus, vel in perpetuum. Ita illum deſcribit Ulpianus in *l. 1. §. 15. ff. de exercit. act.* Dixi: *Negotiationis maritimæ*, per quam tamen, quamlibet negotiationem aquatilem intelligi debere, explicat idem JC. in *d. l. 1. §. 6.* ***Navem**, inquit, **accipere debemus, ſive marinam, ſive fluviatilem, ſive in aliquo ſtagno naviget, ſive ſchedia***, id eſt, ratis, ein Floß, uti explicat *D. D. Franz h. t. §. 2. num. 1.) ſit.* Definitur autem, quòd ſit ***Actio Prætoria, Perſonalis, qua convenitur Exercitor, ut, quod ex contractu cum Magiſtro navis inito debetur, in ſolidum præſtet.*** Prædicata non habet ſpecialia, cùm ſit qualitas, uti priores, actioni principali adjecta, itidémque oriatur occaſione contractûs cum Magiſtro navis (eſt ille, qui ab Exercitore ad negotiandum præpoſitus, ſeu, cui tota navis cura demandata eſt, *l. 1. §. 1. ff. d. t.* vulgò Schiff-Patron) inito; Hoc enim ſuadet tum *Æquitas*, quia, uti Exercitor commodum navis, atque negotiationis ſentit, ita, eum & incommodum ferre debere, dictat naturalis ratio ex ***l. 10. ff. de R. J.*** deſumpta: tum *Neceſſitas*, quoniam de Jure Civili contra Exercitorem, cujus fidem tamen contrahentes potiſſimùm ſecu-

quòd Pater ſciens plures adeſſe creditores, diviſionem facere detrectet. Eſto enim patri liberum ſit peculium revocare, non tamen facere debet, aut poteſt in necem creditorum. *l. 8. in fin. l. 21. ff. de pecul.* cùm ſit æqualis omnium conditio. Sic nunquam, perges, obtinebit locum actio de peculio? Cæteris paribus & ſuppoſitis requiſitis eſt in Electione: Quandoque tamen actio de peculio erit neceſſaria, ſi dolus abſit, fortè quòd pater non detrectet diviſionem, vel debita ignoraverit, vel minus adeſſe in peculio crediderit, ùt innuit ipſe textus in *d. l. 7. §. 2. verſ. ſi tamen ignorans.* Nónne competit tributoria, ſi pater negaverit ex peculio deberi? Textus clarus eſt in *d. l. 7. §. 4.* Et quidem eſto negaverit ante factam aliquam diviſionem, hoc ipſo, quòd textus quæſtionem ponat, ſi negaverit CUIQUAM deberi. His non obſtat *l. ult. ff. d. t.* ubi videtur debere præceſſiſſe iniquam diſtributionem pretii ex merce obtenti. Nam exinde ſolùm eruitur, debere præceſſiſſe dolum aliquem; *Et* ita erit inter textus allegatos concordia.

Digitized by Google

ſecuti eſſe creduntur, deficeret actio, uti ſuperiùs monitum eſt, & inſuper colligitur apertè in *l. 1. pr. ff. d. t.* Dictum fuit in definitione: *Qua convenitur*, videlicet ab iis, qui cum Magiſtro contraxerunt, eorúmque hæredibus, *l. 4. §. fin. ff. d. t.* Num etiam competat ipſi Exercitori? Eſto detur Exercitori contra alios Exercitores, ſi cum Magiſtro contraxerit, *l. 1. §. ult. ff. eod.* non tamen ei competit contra illos, qui cum Magiſtro contraxerunt, ſi eidem quid intuitu negotiationis debeant, id, quod de Jure Civili certum eſt, tum ex *§. 4. & 19. de inut. ſtipul.* tum ex *l. 38. §. 17. ff. de V. O.* Et de jure Prætorio non obſcuriùs deciſum in *d. l. 1. §. 18. ff. de Exercit. act.* poteſt enim agere contra Magiſtrum actione ex contractu, quo Magiſtrum præpoſuit, puta mandati, locati, vel etiam negotiorum geſtionis: Accedit & alia competens ratio: Illi, qui cum Magiſtro contrahunt, ſequuntur fidem Exercitoris, dum ſciunt, ejus intuitu contractum celebrari, Exercitor verò non ita ſequitur fidem eorum, cum quibus Magiſter contraxit, quia hos prævidere non poteſt, neque ſemper noſcere: Si tamen à Magiſtro ſuum conſequi non poſſit, extra ordinem erit illi adversùs contrahentes ſuccurrendum, ùt refert Laud. Ulpianus in *d. l. 1. §. 18. ff. d. t. arg. l. 1. in fin. & l. 2. ff. de Inſtit. act.* Cui inſuper egregiè inſerviet alius textus ejusdem Ulpiani in *l. 13. §. 25. ff. de A. E. V.* Dictum fuit *Exercitor*, qualiscunque demum ſit, adeóque etiam pupillus, ſi cum authoritate tutoris; vel minorennis, ſi eum conſenſu Curatoris præpoſuerit, *d. l. 1. §. 16. de exercit. act.* Eorúmque hæredes, *d. l. 4. §. fin. ff. d. t.* Si plures ſint Exercitores quilibet ex contractu cum Magiſtro inito tenetur in ſolidum, *d. l. 1. §. fin. ff. eod.* Ratio datur à Gajo in *l. 2. ff. d. t. Ne in plures Adverſarios deſtringatur, qui cum uno contraxit.* Poterit tamen, qui totum ſolvit actione pro ſocio, vel communi dividundo pro rata ab aliis Exercitoribus repetere. Ita in terminis Paulus in *l. 3. ff. d. t. & Ulpianus in l. 14. ff. de Inſtit. act.* videtur quidem Hugoni Grotio *lib. 2. de Jur. Bell. & Pac. c. 11. §. 13.* malè legibùs Romanis introductum, ut ex facto Magiſtri Exercitores in ſolidum ſinguli teneantur; cùm hoc, ait ille, nec naturali æquitati, quæ ſatis habet, ſi pro ſuis ſingulis partibus obſtricti ſint; neqùe publicæ utilitati conveniat; abſterrerentur enim homines ab exercendis navibus, ſi metuant, ne ex facto Magiſtri, quaſi in infinitum teneantur. Verùm, quamvis Grotii authoritas non ſit levis, præponderat tamen doctrina *citt.* JCtorum, utpote majori æquitate, etiam naturali, fundata, quia navigantibus non ſemper explorandi ſe offert occaſio; num plures, an unus ſit Exercitor; vel, num omnes ſint, vel non ſint ſolvendo, *arg. l. 1. pr. ff. de act. exercit.* dum econtra Exercitoribus integrum

 eſt,

eſt, priusquam præponant, explorare fidem Magiſtri: Ratio Grotii magis nobis, quàm ipſi favet, quatenus nemo cum Magiſtro contraheret, ſi ſciret ſe in plures Adverſarios quondam diſtringendum, quòd magis tenderet in præjudicium Exercitorum. Minùs ad rem facit, *l. ult. §. penult. ff. naut. caup. ſtab.* ubi, ſi plures navem exerceant, unusquisque pro parte conveniri dicitur. Nam ibi Ulpiano non eſt ſermo de actione Exercitoria, ſed de actione in factum, quæ oritur ex delicto Miniſtrorum, in qua haud dubiè quilibet Exercitor tantùm pro ſua parte tenetur, *Brunn. ad. d. l. ult. num. 9. Alia enim eſt contrahendi cauſa, alia delinquendi:* ait Laud. ſæpè Ulpianus in *d. l. 1. §. 2. ff. eod.*

8 Dictum fuit: *Ut quod ex contractu.* Ex delicto enim Magiſtri hac Actione Exercitorem non teneri, ex eo evincitur, quòd ille non ad delinquendum, ſed curam navis habendam ſit præpoſitus, vid. *d. l. 1. §. 2. ff. de exercit. act.* Limitanda videtur hæc ſententia, ſi ſit delictum, quod merâ culpâ etiam committitur, ùt, ſi non ſolvat telonium, & hinc res, ſeu merces in commiſſum cadant, de quo tamen conſuli poteſt *Stryck. U. M. P. d. t. §. 14. cum aliis ibid. citt.* Porrò non ex omni contractu Magiſtri Exercitor ſimpliciter tenetur, ſed juxta formam præpoſitionis initum ſit, oportet; quippe, ſi ejus limites transgreſſus fuerit Magiſter, Exercitorem non obligat, vid. exempla in *d. l. 1. §. 7. & 12. ff. d. t.* Sedulò itaque à contrahentibus in formam præpoſitionis, quantum tempus, & locus permittunt, inquirendum, *arg. l. 19. ff. de R. J.* Sed, utrùm probanda ſit præpoſitio? Subſiſtendum videtur per ea, quæ habet Titius in *Theſ. Jur. de Act. Inſt. numer. 9.* cùm quandoque quis Inſtitor fiat per quaſi contractum, ſeu negotiorum geſtionem, adeóque per ſenſum præſumptum, ſeu omnino fictum, qui invito Exercitore eruitur? Hac ratione tamen non obſtante quoad uſum hujus actionis probanda eſt præpoſitio, cùm ſit facti: Ille quaſi contractus verò tantùm intercedit, & obtinet inter Exercitorem, & Magiſtrum non in ordine ad extraneos. Dictum fuit: *cum Magiſtro navis inito: Magiſtri autem* (ita horum officium deſcribitur ab Ulpiano in *d. l. 1. §. 3. ff. de exercit. act.*) *imponuntur locandis navibus; vel ad merces, vel vectoribus conducendis, armamentisque emendis, ſed etiam, ſi mercibus emendis, vel vendendis fuerit præpoſitus, etiam hoc nomine obligat Exercitorem.* Idcircò non obligatur Exercitor, ſi quis cum nautis contraxerit, quia illos non ad contrahendum, ſed ad navigandum conduxit, *d. l. 1. §. 2.* Nec obſtat, quòd teneatur ex delicto nautarum, *l. ult. pr. ff. naut. caup. ſtab.* Nam tenetur quidem ex delicto, tum nautarum, tum Magiſtri, *arg. §. fin. ff. de obl. quæ quaſi ex delict. naſc.* ſed non hac actione, revid. dicta *ibid. n. 9. & ſeqq.*

Quid,

Digitized by Google

Quid, ſi Magiſter (Idem de Inſtitore) mutuas pecunias ſumpſerit? Non indiſtinctè Exercitor tenetur, ſed demum, ſi concurrant requiſita, quæ præſcribit Africanus in *l. ult. per tot. ff. de exercit. act.* quò vid. Addat. *Vinn. ad §. 2. num. 4.* Quid, ſi plures ſint Magiſtri? Reſpondet Ulpianus in *d. l. 1. §. 13. ſi plures*, inquit, *ſint Magiſtri non diviſis officiis* (id eſt ſimpliciter præpoſiti) *quodcunque cum uno geſtum erit, obligat Exercitorem: ſi diviſis: ut alter locando, alter exigendo* vel unus negotiationi v.g. lineariæ, alter ſeticæ) *pro cujuscunque officio obligabitur Exercitor.* Sollicitus itaque ſit contrahens, caſu quo plures ſint propoſiti, ne extra negotiationem, cui Magiſter præpoſitus eſt, contrahat. Quid, ſi quis cum Pro-Magiſtro (id eſt, Magiſtri ſubſtituto) contraxerit? Idem eſt, ac ſi cum ipſo Magiſtro contraxerit, *d. l. 1. §. 5. ff. d. t. omnia enim facta Magiſtri* (ſunt verba textûs) *debet præſtare, qui eum præpoſuit: alioquin contrahentes deciperentur;* Quod ita verum eſt, ut, etiamſi Exercitor prohibuerit, ne Magiſter alium ſubſtituat, tamen propter utilitatem navigantium Exercitor ex contractu Sub-Magiſtri teneatur, *d. l. & §. in fin.* Hic, ùt video, excandeſcis, dum mox ſupra diximus, obſervandam eſſe formam præpoſitionis. Durum eſt, non diffitemur; ſed nihilominus cum Ulpiano dicendum eſt, *eousque producendam utilitatem contrahentium*, qui hanc prohibitionem faciliùs ignorare poſſunt, quàm formam negotiationis, quæ ex hactenus geſta adminiſtratione dignoſci poteſt. Dictum fuit: *in ſolidum præſtet:* Suppoſitò nimirum, quòd Magiſter ex illo contractu nihil præſtiterit, *d. l. 1. §. pen. ff. eod.*

ACTIO INSTITORIA, ab Inſtitore, ſeu Præpoſito appellata, 9
eſt *Actio Prætoria, Perſonalis, quà præponens, ſeu principalis convenitur, ut id, quod ex contractu cum Inſtitore inito debetur, in ſolidum præſtet.* Eſt hæc Actio priori omnino ſimilis: Niſi, quòd illa detur intuitu negotiationis maritimæ, hæc terreſtris: illa denominatur ab ipſo præponente, ſeu Exercitore; aliàs enim, ſi à Præpoſito nomen derivaret, deberet vocari terminô minùs uſitatô Magiſterialis: iſta ab ipſo præpoſito, videlicet Inſtitore, ein Handels-Factor, qui juxta Ulpianum in *l. 3. ff. de act. inſtit.* ideò ſic appellatur: *quòd negotio gerendo inſtet: Nec multum facit, tabernæ ſit præpoſitus, an cuilibet ALII NEGOTIATIONI:* illa certè competit ex contractu Sub- vel Pro-Magiſtri inito propter utilitatem navigantium: Hæc difficiliùs in ſimili caſu admittenda videtur, tum ipſi Ulpiano in *d. l. 1. §. 5. ff. de exercit. act.* tum pluribus ex JCtis modernis, qui ejus uſum in præfata ſpecie planè negant, *vid. Ludov. in Theſ. Jur. d. t. num. 1. Hub. ibid. num. 5.* Hic enim poſſunt contrahentes ob loci opportunitatem faciliùs indagare in modum, & formam præ-

poſitionis. Hinc etiam eſt, quòd illa detur contra patrem in ſolidum, ſi filius, eo ſciente navem exerceat. Ratio datur ab Ulpiano in *d. l. 1. §. 20. ff. de exercit. act. quia ad ſummam Rempublicam navium exercitio pertinet:* Non item iſta, quamvis filius patre volente merces peculiares exerceat; ſed venit unà cum aliis creditoribus in tributum, *vid. d. l. 1. §. 19. & 20. ff. d. t. Hub. h. num. 5.* Illa unica eſt: Hæc dividitur in Directam, & Utilem. *Directa* oritur occaſione contractûs cum vero Inſtitore, qui ſcilicet præpoſitus eſt negotiationi generaliter, initi. Varia hujus actionis exempla videri poſſunt in *l. 5. princ. & §§. ſeqq. ff. de inſtit. act. Utilis*, quæ occaſione contractûs cum quaſi Inſtitore, qui fortè præpoſitus eſt ad negotiationem certarum rerum, puta ad accipiendum mutuum, vel extra negotiationem ad negotium gerendum, initi deſcendit, vid. *l. 16. & pen. pr. ff. d. t.* In reliquis ferè conveniunt: idcircò etiam iſta datur contrahentibus, eorúmque hæredibus, *l. 15. ff. d. t.* contra præponentem, ejúsque hæredes, *d. l. 15. ff. eod. §. 2. h.* Præponere verò poteſt utriique negotiationi, qui aliàs contrahere, & contrahendo obligari *arg. l. 9. de ff. inſt. act.* Neque intereſt, num ſit mas, an fœmina, nulla habita ratione SC. Vellej. *l. 1. §. 16. de exercit. act. junct. l. 7. ff. de inſt. act.* Si plures præpoſuerint, quilibet tenetur in ſolidum, *l. 13. §. fin. l. 14. ff. eod.* Probari ſimiliter oportet, deberi ex contractu, *l. 1. ff. d. t.* ſecundùm formam præpoſitionis inito, *d. l. 5. §. 11. ff. eod.* quiscunque demum nulla habita ratione ætatis, vel ſexûs præpoſitus ſit, adeóque, etſi eſſet impubes, Puer, vel Puella (quæ pulchra ſit, ut alliciat, non abſterreat) *l. 7. §. 1. l. 8. ff. d. t.* ſibi enim imputet, qui præpoſuit: Sive unus, ſive plures ſint præpoſiti juxta datam tamen ſuperiùs diſtinctionem, vid. notabiliter *l. 11. §. 5. ff. d. t.* Reliqua huc ſpectantia deſumi facilè poſſunt ex dictis de Exercitoria. Dubius fortè hærebis, quomodo tum Magiſter, tum Inſtitor à Procuratore differant, cùm tam ille, quàm iſte mandato conſtituatur? Differentia videtur plana, dum contrahenti cum Procuratore contra mandantem, ſeu principalem non competit Actio, uti competit contra præponentem ex contractu ejus, qui præpoſitus eſt, *l. 3. §. 10. ff. eod.* Benè eſt, inquis; ſed undè poteſt dignoſci, num ſit Magiſter, ſeu Inſtitor, num Procurator? Si curam alienæ negotiationis, ùt officium, quod quaſi profitetur, & per ſe loquendo, permanenter ſuſcipit, erit Magiſter, vel Inſtitor; ſi non ùt officium, ſed extra ordinem, ùt bonus amicus, erit Procurator, ita colligimus ex *Hub. ff. d. t. num. 2.*

10 ACTIO DE IN REM VERSO eſt *Actio Prætoria Perſonalis, qua ille, in cujus utilitatem ex contractu alterius aliquid verſum eſt, convenitur,* ut

Digitized by Google

ut illud perſolvat. Non equidem ignoramus, hanc actionem, ſi de *Directa* ſermo ſit, oriri ex contractu cum filiofamilias, vel ſervo inito contra patrem, vel dominum; quia tamen etiam contra alios pugnat æquitas, ut id perſolvant, quod ex contractu alterius in illorum utilitatem verſum eſt, maluimus illam huc reducere, & terminis generalioribus, ut etiam *Utilem*, tanquam hodie fortè frequentiorem, comprehendat, deſcribere: Eſt quippe hæc Actio, quaſi ſubſidiaria: Nam ſi ille, ex cujus contractu aliquid in meam utilitatem verſum eſt, neque fuerit Exercitor, neque Inſtitor, neque filius habens peculium adminiſtrationis causâ; contrahenti verò adversùs contrahentem, ob inopiam, inanis ſit petitio, ad hanc Actionem, quæ pariter qualitas Actioni principali adjecta audit, recurrendum erit. Pone filium, qui non habuit, vel habuit quidem peculium à patre, ſed pater ſine dolo ademit; vel annus poſt mortem filii elapſus eſt, ſine juſſu patris emiſſe alimenta pro conſervanda familia; his caſibus venditor ſibi conſulere poterit Actione de in rem verſo, cùm omnes aliæ de quibus hactenus, deficiant, *vid. l. 1. §. 1. ff. de in rem verſ. Clariſſ. D. D. Franz p. m. h. t. part. 5. num. 3.* ſubveniendum itaque eſt hac actione contrahentibus, atque eorum hæredibus, *§. 4. h.* contra patrem, vel dominum; item omnes alios, in quorum utilitatem aliquid verſum eſt, puta contra maritum, ſi ex contractu uxoris, aut viciſſim; ſimiliter contra Eccleſias, & Monaſteria, contra Dominos, ſi ex contractu œconomi, Religioſi, famuli in eorum utilitatem quid verſum probetur, *arg. l. ult. & ibi Brunn. ff. d. t.* Dico: *Probetur*; verſio enim quid facti eſt, & ideo probari debet, *arg. l. 3. §. 2. & 3. l. 5. §. 2. ff. d. t. l. 10. C. de N. N. P.* Dico: *in eorum utilitatem* (multò magis neceſſitatem, de qua vid. notabiliter, *l. 5. pr. ff. d. t.*) non voluptatem, *d. l. 3. §. 4. ff. eod.* niſi vel pater feciſſet, *d. l. 3. §. 3.* vel voluntas patris acceſſerit, *d. l. 3. §. 6.* Æſtimatur autem utilitas non à pretio, quô res ad patrem perveniens empta fuit, ſed ab eo, quod verè valet; hoc intellige, ſi pluris, quàm valuit, empta ſit: ſi minoris, tantùm verſum cenſetur, quanti empta fuit, *l. 12. ff. d. t.* Nec ſufficit probare verſionem, ſed ſimul, quòd, quantum ex parte filii eſt, duraverit verſio, *l. 10. §. 6. ff. eod.* adeóque ita, ut caſus fatalis, ſuppoſita verſione, contrahenti non noceat, *d. l. 3. §. 7. & ibi cit. Brunn. n. 7.* Huc ſpectat notabilis facti ſpecies, quæ deducitur ex *d. l. 3. §. fin.* Pone, filium accepiſſe à mercatore pannum ad veſtem neceſſariam conficiendam, alium poſtea dediſſe pecunias, ut ſolvat, eáſque filio fuiſſe furto ablatas: cui actionem de in rem verſo dabis, mercatori, an mutuanti? Utrique indulget Ulpianus in *d. l. 3. §. fin.* Ita tamen, ut melior ſit con-

Digitized by Google

conditio occupantis, prout explicat Gajus in *l. 4. ff. eod. Nam*, ait, *utriſque dominum* (ſive patrem) *condemnari de in rem verſo iniquum eſſet. Theſ. Jur. d. t. num. 13.* Secùs dicendum, ſi pater filio expenſas factas ſolverit: hìc enim ex facto filii ceſſat durare verſio. Verùm hìc audiri meretur *Stryck. U. M. P. d. t. §. ult.* Ex quo caſum vix non (quod dolendum) quotidianum formamus. Pone, filiumfamilias, ſtudiorum cauſâ, hìc morantem accepiſſe mutuas pecunias pro ſolvendo convictu, Muſeo, taxa Collegiorum, eásque ita, adeóque in utilitatem patris, impendiſſe; miſſas verò poſtea à patre, ut mutuanti reſtitueret, dilapidâſſe. Hìc ceſſat verſio: quò ſe vertet, qui pecunias credidit, dum ſtudioſus præter debita nihil habet? Ad patrem nihilominus ablegamus, ſuppoſitô, quòd filii prodigalitatem, vel mores diſſolutos ſciverit, cùm perdituro pecunias committere non debuiſſet. (a) Quòdſi pater filii prodigalitatem prudenter prævidere non potuerit, fortè, quòd aliàs ſemper ſe optimè moratum exhibuerit, & ita pecuniam credens, utpote eodem loco degens, mutatos mores faciliùs advertere potuerit, debebit ſuæ facilitati, vel negligentiæ imputare, quòd non meliùs circa pecunias à patre miſſas, vel mittendas vigilâverit. (b) Sanè tutiſſimè procedet mutuans, ſi ipſemet victum, muſeum, Collegiorum taxam, & alias expenſas neceſſarias in ejuſmodi caſibus ſolvat, & patri notificet, ut ſciat pater, cui ſolvere, vel mittere pecunias debeat; oportet enim in hac actione curioſum eſſe, quò pecunia vertatur, uti monet Ulpianus in *d. l. 3. §. 9. ff. d. t.* quamvis in ſimilibus caſibus non tam hac actione, quàm potiùs de negotiis geſtis agere poſſit; neque transmiſ-

(a) Dolendum, profectò! quòd, ſi unquam, certè hodie ejuſmodi caſus experiamur, ubi Parentes filiis nimium quantum fidunt; hi econtra nullo minùs, quàm ſtudiorum otio occupati, miſſas pro conſuetis expenſis pecunias ad condictos luſus, ad comeſſationes & potationes inordinatas, ad luxum vel patrimonii viribus, vel parentum ſtatui, ſeu conditioni minimè congruum, imprudentiſſimè, æquè, ac impudentiſſimè (nec dicam veluti dreuco-Thraſones) dilapidans, curáque innocentibus creditoribus (malis nominibùs expunctis) relicta, inſalutato hoſpite, teſtimoniiſque publicis (rati ſe parùm laudis, ſeu encomii domum reportaturos) neglectis abeunt, & ſic famam, tempus, pecunias turpiter deperdunt, & tandem cum phrygibus ſapiunt. O tempora! ò mores. Quid ad iſta Parentes? Lamentis omnia implent: dolent: tonant: cauſantur patresfamilias (utinam non etiam Profeſſores, quos oporteret eſſe quaſi moderatores) de nimia connivencia cura atque indulgentia, cùm tamen hi monitis, ſed ſemper incaſſum, undique & identidem inſtiterint, imò ipſi Parentes vel ſurdas, vel incredulas aures præſtiterint. Non loquimur inexperti!

(b) Cæteris paribus tamen, nullius culpâ ſuppoſitâ, adhuc cum Stryck. *loc. cit.* patrem condemnamus, quia ſolutio æris alieni neceſſariò ei incumbit, & qui hæc ſubſidia filio ſubminiſtrârunt, non hujus, ſed patris fidem ſecuti cenſentur, & ita reverà patris negotium gerunt, illúmque directè ex negotiorum geſtione obſtrictum habent.

miſſio pecuniæ patrem excuſabit. Interim tamen non credas velim, actionem de in rem verſo ſemper eſſe confundendam cum actione negotiorum geſtorum. Pone enim, me emiſſe pro tua familia frumentum, atque venditorem à me nihil poſſe conſequi: Poterit hic agere contra te de in rem verſo, non item de negotiis geſtis, quia alius hic eſt gerens, alius, qui credidit, ſeu vendidit, dabitur tamen actio negotiorum geſtorum mihi emptori, ùt de ſe planum eſt. Illud cum Vinn. ad *§. 4. h. in pr.* lubens admitto, toties obtinere actionem de in rem verſo, quoties aliàs haberet locum actio negotiorum geſtorum, vel mandati, *l. 3. §. 2. ff. de in rem verſ.* ſed non ſemper reſpectu ejusdem perſonæ, veluti patet ex propoſita facti ſpecie, vel, ac ſi ſemper concurrerent: Ex quibus omnibus ſequitur, ad hanc actionem ritè in judicium deductam, ſequi condemnationem, non quidem in ſolidum; ſed in quantum verſum fuit in utilitatem illius, contra quem experimur *d. §. 4. h. l. 10. §. 4. ff. d. t.* Illud nondum capis, quod Tribonianus in *d. §. 4. h.* actionem de in rem verſo, & de peculio *Unam* vocet, ibi: *Licèt enim, UNA eſt Actio, quà de peculio, déque eo, quod in rem domini verſum ſit, agitur.* Intellige, quòd una ſit Actio principalis, quæ oritur nimirum ex contractu filii, diverſis tamen qualitatibus à Prætore munita, cùm Actor poſſit pro diverſitate caſuum ex eodem contractu, puta emptionis, experiri Actione empti de peculio, vel Actione empti de in rem verſo, & ſic de aliis, prout ſibi utilius viſum fuerit. Jungatur *§. 5. d. t.* & ea, quæ habet Vinn. ad *d. §. 4. num. 1.* (a) Cùm igitur per edictum Prætoris Actio principalis, ex ipſo contractu orta, minimè ſublata ſit, inde ſequitur, quòd contrahenti, ſi

(a) Placet rem meliùs exponere: Ex hoc *§. 4.* quidam inferendum exiſtimårunt, actionem de in rem verſo non habere propriam formulam, & per ſe ſubſiſtentem, ſed tantùm acceſſoriam, & inſitiriam, ſeu appendiceam actionis de peculio: proinde, qui agere intenderat de in rem verſo, ajunt, debebat actionem de peculio poſtulare, ita, ut huic ſimul emblema de in rem verſo adjiceretur. Quidam vero, actioni de peculio etiam ineſſe adjectionem de in rem verſo, contendebant, ita, ut actio de in rem verſo non poſſit exerceri, niſi cum deficit actio de peculio. At neutrum arridet; ſiquidem actio de in rem verſo tam benè ſua propria formula inſtructa eſt, quàm benè ea de peculio, poteſtque ſola, & per ſe inſtitui: Quid enim, ſi peculium ſine dolo, aut culpa ademptum, aut morte ſervi extinctum, & annus elapſus ſit, at tamen quid in utilitatem patris, vel domini verſum ſciatur? vid. *l. 1. §. 1. l. 14. l. 19. ff. de in rem verſ.* Imò etiam competit, eſto ſuppetat actio de peculio, uti apertum faciunt clari textus in *§. 5. h. l. 1. princ. & §. fin. ff. de in rem verſ.* Neque verum eſt, clauſulam de in rem verſo ineſſe actioni de peculio, quia iſta inſtituta, manet adhuc illa de peculio, in quantum adhuc deeſt. *d. l. 1. §. fin. in fin. d. l. 19. ff. d. t.* poteſt enim una plùs altera continere, & ideo etiam cumulari. *arg. l. 34. §. 2. ff. de O. & A.* & ſic utraque juxta ſuam naturam inſtitui. Ita capimus Vinn. *loc. ſuperiùs cit.*

Digitized by Google

ita viſum fuerit, etiam detur actio ordinaria contra filium (ſecùs de ſervo, qui civiliter non obligatur, *l. 14. ff. de O. & A. arg. l. 6. C. de jud.*) Magiſtrum, vel Inſtitorem, quamdiu horum reſpectu duraverit officium. Eſt enim nobis electio, inquit Ulpianus in *l. 1. §. 17. ff. de exercit. act. Utrùm Exercitorem, an Magiſtrum convenire velimus.* Ita tamen, ut, ſi horum alteruter ſolverit, alter liberetur, *d. l. 1. §. 24. ff. d. t.* Dixi: *Quamdiu duraverit officium*: Eô enim ceſſante, probabiliùs extinguitur hæc actio, *arg. l. ult. ff. de inſtit. act.* contraxit enim intuitu officii, quo ceſſante, ceſſabit etiam obligatio illius reſpectu ſuſcepta, *arg. c. 60. de appell. vid. ſolide Huber. ff. de exercit. act. num. 4. 5. & 6.* Limita, ſi fortè Magiſter, vel Inſtitor pro ſuo præponente fidem interpoſuerit, *arg. l. 67. ff. de procurat.* vel nomine proprio, & in ſuum proprium commodum, fortè, quòd navem ab Exercitoribus conduxerit, negotiatus fuerit, ùt optimè advertit *Stryk ubi ſupra de exercit. act. 18.* quo caſu ſolus, & in perpetuum tenetur, cùm non ſe habeat, quà præpoſitus, ſed quà principalis: Id, quod exemplô illuſtrat, & ita judicatum refert *Habn. ad Weſenb. num. 6.* Illud ſanè abſonum cuipiam parebit, quòd Imperator noſter omnes has Actiones, ſeu Actionum qualitates uno halitu difflare, vel ſaltem ſupervacuas facere videatur, dum in *§. fin. h.* in terminis admittit, dari contra patrem, vel dominum, aut exercitorem ex contractu filii, aut ſervi, aut Magiſtri, ſeu inſtitoris, Actiones directas ex ipſo contractu, uti legenti textum ad oculum patebit. Sit hoc: poſtquam enim Prætor viam paravit, hásque actiones extendit, authoritas Juris Civilis directas dari ſtatuit, quaſi cum ipſo patre, vel præponente res geſta ſit, ùt vult Vinn. *ad cit. §.* Vel dicatur cum *Hub. h. num. ult.* fuiſſe à Prætore introductas, antequam civiles eſſent in foro receptæ; vel etiam, Prætorem edicere de rebus, quæ jam civiliter erant conſtitutæ, *arg. l. 1. ff. commod.* quæ reſponſio tamen nobis hic diſplicet.

TITULUS VIII.

De Noxalibus Actionibus.

HActenus de Actionibus ex facto alieno licito. Factum alienum illicitum, ſeu nocivum eſt, vel hominis, vel quadrupedis. Ex facto illicito hominis, ſeu ſervi naſcuntur Actiones Noxales: Ergo, infers, plures ſunt actiones noxales? Haud dubiè, & quidem

tot,

Digitized by Google

tot, quot ſunt actiones ex delicto à ſervo commiſſo oriundæ, quibus, cùm in ſervum non detur actio, contra dominum agere poſſumus, ùt ſtatim apparebit. Eſt autem Actio Noxalis, *qua dominus ob privatum ſervi delictum convenitur, ut vel damnum à ſervo datum reſarciat, vel ſervum noxæ dedat.* Dicitur autem Noxalis à *noxa*, quæ eſt ipſum corpus, quod damnum dedit, id eſt ſervus, vel a *noxia*, quæ eſt ipſum maleficium, veluti furtum, damnum injuriâ datum, rapina, injuria à ſervo illata, *§.1.h.* eſto quandoque & *noxam* pro ipſo maleficio uſurpari, ex Ulpiano in *l. 14. pr. ff. d. t. & l. 17. §. 18. ff. de ædil.* & *Vinn. h. ad d. §. 1.* ſufficienter appareat. Cæterùm propriis caret prædicatis, cùm non ſit actio principalis, ſed qualitas actioni principali, quæ aliàs competeret contra delinquentem, ex ſervi delicto ortæ, adjecta: Unde, ſi ſervus furtum non manifeſtum commiſit, erit actio furti noxalis *Civilis*, ſi manifeſtum, erit actio furti noxalis *Prætoria*: ſi injuriam intulit, erit actio injuriarum noxalis, idcirco *Prætoria*: quippe tam legibus, quàm Prætoris Edicto, Actiones noxales conſtitutæ ſunt, *§. 4. h. Stryk. U. M. P. h. t. num. 1.* Quid, ſi ſervus quaſi delinquat? Idem dicimus (quamvis aliter *Schamb. cum aliis à ſe citt. ad pr. h. verſ. Quæ res.*) propter eandem rationem æquitatis. E diametro obſtare videtur, *l. 1. §. 8. ff. de his, qui effud. vel dejec.* ubi ſervus ob effuſionem extra ordinem puniendus dicitur. Sit hoc ob ſecuritatem viarum publicarum, quæ non permitit ſervum inhabitatoris manere impunitum; Exinde tamen nondum læſo videtur ſatisfactum: Idcirco eidem pariter ſuccurrendum, nec aliter, quam per actionem noxalem, quæ ibi non negatur, ſed (rationibûs tamen inverſè applicatis) in medio relinquitur. Differunt autem ab Actionibus principalibus, ſeu directis, quòd iſtæ determinatè dentur ad damnum reſarciendum, noxales verò, vel ad damnum reſarciendum, vel ad ſervum noxæ dandum: ſiquidem æquum videtur, ut ille, qui omne commodum à ſervo percipit, ſentiat & incommodum, adeóque etiam damnum ab eo datum reſarciat, vel, quia præcisè ratione ſervi convenitur, ſervum noxæ damnificato dedat, *pr. & §. 3. h.* At rogitas, cur dominus ex contractu ſervi non obligetur, niſi prævio ejus facto (ſcilicet præpoſitionis, vel dati peculii) & cur ex delicto? Quia delicta invitos lædunt, contractus verò ſine conſenſu alterius, qui ſibi imputare debet, quòd cum ſervo contraxerit, non ineuntur, *Huber. h. num. 1.* Competit damnum paſſo, & hæredibus, ſuppoſitô, quòd Actio principalis ſit ad hæredes tranſitoria, non tamen ipſi domino, *vid. §. 6. h.* Pluribûs concurrentibûs, obtinebit ille, qui prior ſententiam impetravit. Conſul. *l. 14. ff. de noxal. act.* Datur contra illum, qui tempore litis

ris conteſtatæ poſſidet, eſto tempore damni dati, alius ſervum habuerit, *l. 7. pr. ff. b.* noxa enim caput ſequitur, *§. 5. b.* hinc numeratur inter actiones in rem ſcriptas, cùm detur contra quemcunque poſſeſſorem, eúmque, qui dolô deſiit poſſidere, *l. 11. l. 12. & 13. ff. d. t.* Et ſi ſervus ad plures ſpectet, omnes tenentur in ſolidum, quia deditio noxæ eſt individua, *l. 8. ff. eod.* Cæterùm non intereſt, utrùm ſit dominus, vel aliàs poſſeſſor ſervi, quia deditio non ſumitur ſtrictè pro translatione dominii, ſed pro traditione, *arg. l. 1. §. 14. ff. ſi quadrup. paup. fec. dic.* modò hoc advertas, permiſſum eſſe domino ſervum defendere, & judicium hoc in ſe ſuſcipere, quia illi creditur ſervire, *l. 22. pr. §. 1. & 2. ff. b.* ſi velit ab alio poſſeſſore deditum, ſoluta damni æſtimatione, vindicare, *l. 27. §. 1. & 28. ff. eod. Voët. d. t. num. 6.* Moleſtus hic videtur Ulpianus in *l. 27. §. 3. ff. ad L. Aquil.* ait ibi: *Servi autem occidentis nomine dominus tenetur: is verò, cui bona fide ſervit, non tenetur.* Benè dicit Ulpianus, dominum teneri *ſervi nomine*, non item bonæ fidei poſſeſſor: videlicet eô modô, ſicut dominus; nam reſpectu domini æſtimatio propriè, & principaliter eſt in obligatione, deditio ſervi verò tantùm per conſequentiam, cùm eam primùm à lege acceperit, ne ſervus ultra corporis ſui pretium domino nocere poſſit, *vid. l. 6. §. 1. ff. de re jud.* reſpectu bonæ fidei poſſeſſoris econtrà nihil aliud eſt in obligatione, quàm, ut cedat jure ſuo, cùm illum condemnare ad æſtimationem iniquum, ad deditionem propriè talem (qua nimirum transfertur dominium) impoſſibile foret. Poterit etiam commodè explicari de caſu, ubi jam dominus præſens eſt, qui defendere poteſt, juxta mox dicta. Alii aliter, ùt videre eſt apud *Zoëſ. ff. de noxal. act. num. pen.* Quid, ſi ſervus ſit manumiſſus? ſuppoſitô, quòd manumiſſio bona fide contigerit (aliàs enim manumittens pro poſſeſſore habetur) ipſe ſervus convenitur *d. §. 5. b.* quia liberi hominis deditio non obtinet, *l. 33. in fin. l. 34. ff. de noxal. act.* Sed interrogas, cur dominus conveniatur ex contractu ſervi, etiam poſt manumiſſionem? Quia ſervus, utì ſupponimus, volente domino, cujus fidem paciſcentes ſecuti ſunt, contraxit. Jungatur *Vinn. ad §. 5. b.* Ex dictis etiam planum eſt, hanc actionem non habere locum ob delictum propriorum hominum, qui ipſimet, utpote per ſe loquendo liberi, atque ideo obligationis capaces, conveniendi ſunt, &, ſi non habent in ære, luant in cute, *arg. l. pen. & ult. de in jus voc.* Multò minùs poterit pater ob delictum liberorum (periculoſa quippe foret, præſertim in filia, ſi pulchra, deditio, *vid. §. ult. b.*) vel dominus ob delictum famulorum hac actione moleſtari. Tenebitur tamen alia ratione, ſi fortè in eligendis famulis culpam commiſiſſet, & illi quoad officium

ſibi

Digitized by Google

ommiſſum peccaverint, *arg. l. 27. §. 9. ad L. Aquil. l. 11. pr. ff. loc. quoad officium ſibi commiſſum*; nam, ſi extra officium deliquerint us nullatenus obſtringitur, quia pœna ſuos tenet authores, *l. 22. le pœn. arg. l. 7. pr. ff. naut. caup. ſtab.* Jam ad ſervos redeamus, probatum fuerit, damnum ab iis eſſe datum delicto privato (in publico ipſe ſervus vindictæ ſubjicitur, *l. 12. §. fin. ff. de accuſ.* id *§. 4. b.*) à Reo poſſidente Actori, ſeu damnum paſſo dedendi vel ſolvenda æſtimatio damni, quæ, licèt principaliter ſit in obliga- *d. l. 6. §. 1. ff. de re jud.* eáque ab Actore petatur, datur tamen o electio, num velit dando ſervum ſe liberare, *§. 2. Inſt. l. 2. ff. b. t.* utum foret, nequitiam ſervorum ultra eorum perſonam dominis ſam eſſe. *D. D. Franz h. num. 17.* Hac deditione tamen non ob-, poteſt ſervus ſe liberare, ſi fortè quæſitâ pecuniâ damnum re- potuerit, & voluerit, *§. 3. h.* quia non dicitur eſſe in *dominio*, ſed in *bonis* damnum paſſi, *l. 26. §. fin. ff. b. t. l. 2. in fin. ff. ſi ex nox. gat.* Quid ſit eſſe in dominio, & in bonis, alibi notavimus, tra- *Hopp. ad princ. Inſt. de rer. diviſ.* Dixi: *quæſitâ pecuniâ*, ſed quo- poterit ſervus pecuniam quærere, qui, quidquid acquirit, domi- juirit? Si quis fortè eo præcisè fine aliquid donaret, vel mutuò ut poſſet ſe liberare. Addat. *l. 4. princ. & §. 1. ff. de manumiſſ.* le quid eſt in Actione injuriarum noxali, ubi in libertate domini limationem præſtare, vel ſervum noxæ dedere, vel exhibere, ut ibus ſatisfiat ei, qui injuriam paſſus eſt, *l. 17. §. 4. ff. de injuriis.* tamen jus electionis, ſi dolus, culpa, vel ſcientia, mora, aut icium domini intervenerit, *l. 2. 3. & 4. l. 20. §. 5. l. 22. ff. d. t. Auth. ibid. ubi num. 19. cum Stryk.* teſtatur, in locis illis (veluti ngária) ubi Turcæ habentur pro ſervis, Actioni noxali adhuc lo- ore: (a) Plures caſus, ubi ceſſat electio (qui tamen ex dictis poſ- rui) exhibet *Voët. ff. b. t. num. 7.* (b) ubi ſimul deducit, in iis ca- in quibus noxalis cum directa concurrit, unam aliam perimere.

irrant enim toto cœlo (ſunt verba Voetii *h. t. num. 10.*) qui noxæ deditiones ab uſu receſſiſſe putant, cum & animalia pauperiem facientia noxæ dari pro damno poſſe ad id, ut pleniſſima contingat liberatio *tit. 1.* (& nos mox *tit. ſeq.*) dictum ſit." Hinc harum actionum notitia ſuam adhuc bodie præbet utilitatem.

ò ſpectat, ſi ſervus poſt litem conteſtatam ab alio ſit occiſus, nec dominus velit ontra occiſorem judicium cedere *l. 1. §. pen. ff. ſi quadr. paup. fec. dic.* Alius caſus habetur in *l. 1. §. ult. de publ. & vectig.* Item ſi ſervus depoſitus, vel ex mandato emptus depoſitario, aut mandatario furtum fecerit, eſto tam deponens, quàm mandans furem eſſe ignoraverint, *l. 61. §. 5. ff. de furtis.* videtur enim ſaltem culpa ſubeſſe.

TITULUS IX.

Si Quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.

1 EX facto nocivo animalis, ſeu quadrupedis deſcendit Actio Quadrupedaria, ſeu de Pauperie; damnum etiam ab animali datum pauperiem dici, ſuprà notavimus ad *tit. de Lege Aquil. num.* 1. traditúrque ab Ulpiano in *l.* 1. *§.*3. *ff. b. t.* ibi: *Pauperies eſt damnum ſine injuria facientis datum; nec enim poteſt animal injuriam feciſſe, quod ſenſu caret.* Definitúrque, quòd ſit *Actio Civilis perſonalis in rem ſcripta, qua poſſeſſor animalis contra naturam generis damnum dantis convenitur, ut damnum hoc reſarciat, vel animal noxæ dedat. Civilis*, quia prodita eſt ex Leg. 12. Tab. *pr. b. l.* 1. *pr. ff. eod. Perſonalis*, quia oritur ex obligatione, quam injungit æquitas naturalis, utroque jure, tum Canonico in *cap. ult. de injur. & dam. dat.* tum Civili in *tot. tit. Inſt. & ff. b. t.* approbata; quatenus æquum viſum fuit, ut, qui ſentit commodum animalis, ſentiat & incommodum, ex vulgata regula in *l.* 10. *ff. de R. J.* In *rem ſcripta* cùm detur contra quemcunque poſſeſſorem, ex mox dicendis. Reliqua prædicata, quòd nimirum ſit Rei perſecutoria, quatenus Actor perſequitur damnum ſibi reverà illatum, & Perpetua, quia Civilis, de ſe plana ſunt.

2 Alia *Directa*, quæ deſcendit ex verbis legis: verba autem legis loquuntur de caſu, quo quadrupes manſueta contra naturam generis, feritatem quaſi aſſumens, damnum dedit, *d. l.* 1. *§.* 4. *ff. eod.* puta, ſi equus calcitroſus calce percuſſerit, bos cornu petere ſolitus, cornu petiêrit, *pr. Inſt. b.* hæc namque ſunt contra naturam generis horum animalium. (a) *Utilis*, quæ emanat ex mente, ſeu ratione legis, fortè, quòd animal bipes v. g. gallus, vel gallina, aut anſer damnum dederit, *l. peu. ff. d. t. Hæc Actio utilis*, inquit Paulus, *competit, etſi non quadrupes, ſed aliud animal pauperiem fecerit.* Idem dicendum, ſi fera cicurata, ſeu manſuefacta, vel

eſſe. Secùs de venditore, locatore, & oppignorante dicendum, qui ad damnum præcisè reſarciendum non tenentur, niſi ſciverint ſervum eſſe furem *d. l.* 61. *§.* 1. *& ſeqq. ff. eod. l.* 31. *ff. de pignorat. act.* Cæterùm poſſe actionem noxalem cum directa (ſaltem electivè, non cumulativè *arg. l.* 4. *§.* 2. *& ult. & l.* 7. *§.* 1. *ff. b. t.*) concurrere, probat tum Julianus, tum cum eo Ulpianus in *l.* 2. *§.* 1. *ff eod.*

(a) Cæterùm exiſtimat Hoffman. 1. *Obſ. c.* 12. verba hujus textûs *in princ.* eſſe transponenda, & ſic inverſo ordine legendum. „Hæc autem actio in iis, quæ contra na„turam moventur, locum habet, quia ita Lex 12. tabb. ſcripta eſt, ùt puta, ſi equus „calcitroſus calce percuſſerit, aut bos cornu petere ſolitus, cornu petierit.„ Hæc haud dubiè magis cohærent, & vix aliter poterunt excuſari.

vel aliàs cuſtodiâ noſtrâ coërcita, damnum intulerit; Quamvis enim verba legis de ejusmodi animalibus, vel caſibus nihil commemorent; quia tamen militat eadem ratio, quòd, qui ſentit commodum, ſentiat & incommodum, pugnat etiam eadem juris diſpoſitio, *arg. l. 32. pr. ff. ad L. Aquil.* Quæ ſententia inſuper apertè declaratur in *§. un. h.* ubi, qui urſum, leonem, aprum ibi habuit, ubi vulgò iter fit, non modò ex ædilitio Edicto, ſed & de pauperie actione teneri dicitur. Addatur Voët. *ff. h. t. num. 4.* Incaſſum itaque laborant, qui contendunt, in feris beſtiis, quarum innatam feritatem fruſtrà coërcere conamur (qui tamen, ùt ajunt, eſt finis hujus legis) hanc actionem non competere: Nam nititur hic diſcurſus falsô ſuppoſitô; finis enim hujus legis non eſt coërcere feritatem innatam, ſed præcisè eò collimat, ut potiùs ille damnum, ab ejusmodi animali datum, luat, qui ex eo commodum, qualecunque demum, percipit, quàm ille, qui nullam utilitatem exinde habuit: ſibi enim imputet, quòd non meliùs præcaverit, vel, quòd teneat ejusmodi animalia, quandoque etiam inutilia. Aſſumes fortaſſis pro coloranda hac ſententia, uti facit *Cocc. ff. h. t. controv. 1.* verba Ulpiani in *d. l. 1. §. 10. ff. d. t.* ibi: *In beſtiis autem PROPTER NATURALEM feritatem hæc actio locum NON HABET.* Quid clariùs? Aſt amabo! quid inciviliùs, quàm, *niſi tota lege perſpecta, unâ aliquâ particulâ propoſitâ, judicare, vel reſpondere*, utì monet Celſus in *l. 24. ff. de ll.?* Videamus itaque ulteriùs, quando JCtus in *d. l. 1. §. 10.* actionem deneget: *Et ideo*, pergit ille, *ſi urſus fugit, & ſic nocuit, non poteſt quondam dominus conveniri, quia deſinit dominus eſſe, ubi fera evaſit.* Quid apertiùs, quàm ſi adhuc ſit ſub cuſtodia, & dominio, hanc actionem competere, quæ tantùm, ceſſante dominio & cuſtodiâ, denegatur: in verbis: *quia deſinit dominus eſſe.* Inſtabis cùm Thomaſio *ad Hub. h. num. 2.* criſi, nimis indiſcretâ Tribonianum, ejúsque ſequaces increpante, quòd ſi fera ſit occupata, non poſſit absque culpa, vel læſi, vel domini, vel tertii damnum dari. Quibus poſterioribus duobus caſibus (in primo ceſſat omnis actio) datur locus Legi Aquiliæ; non quadrupedariæ. Verùm hebetis ſit ingenii oportet, qui caſum excogitare nequeat: An impoſſibile credit Thomaſius, leonem, vel urſum validâ cuſtodiâ detentum ab alio, qui ignoratur, fuiſſe ſolutum, ſive aliàs cuſtodiam præter omnem ſpem impetu concitatum eluſiſſe, & damnum dediſſe? Qua actione ſuccurreret Scholiaſtes innocenter, & ſine culpa domini læſo? An non poterit domino objici, quòd, utì ſentit commodum animalis, ſentiat & incommodum? (a) Ori-

(a) Sanè, uti Thomaſius *loc. cit.* nimiùm ſibi confidere, Triboniano verò, ejúsque ſequacibus nimis petulanter inſultare præſumit, ita non erit adeò difficile illjus fundamentis

non

§ Oriri hanc Actionem ex obligatione, tanquam *Cauſâ Effectivâ Proximâ*, quæ occaſione damni à fera beſtia illati ex æquitate naturali, jure approbatâ, ut *Cauſâ Effectivâ Remotâ*, ſatis ex deductis intelligis: Dari autem iis (en *Subjectum Activum*) quorum intereſt, damnum non eſſe datum, eorúmque hæredibus, traditur in *d. l. 1. §. fin. l. 2. pr. ff. d. t.* Quod verum eſt, eſto tantùm interſit ratione juris ad rem. Pone, veſtem alienam fuiſſe apud ſartorem, vel Commodatarium à cane laceratam, vel maculatam; Hac actione iis ſuccurritur *d. l. 2. pr.* hoc ipſo enim, quòd teneantur locatori, vel Commodanti ad damnum hoc reſarciendum, cùm debuiſſent, vel potuiſſent illud prævidere, ac præcavere, æquum etiam eſt, ut illis competat remedium contra dominum animalis. Non obſtat, quòd ejusmodi Perſonis non competat Actio Legis Aquiliæ, ſi fortè veſtis ab homine ſit lacerata; ſed ipſe dominus agere debeat, *l. 11. §. 9. ff. ad L. Aquil.* Nam hic nec ſartor, nec Commodatarius in culpa eſt; cùm neuter potuerit hominis rationalis ſtupiditatem, vel malitiam præcavere, multò minùs prævidere; *qua enim cura* (exclamat Julianus in *l. 19. ff. commod.*) *aut diligentia conſequi poſſumus, ne aliquis damnum nobis injuriâ det*: conſequenter, uti ille non tenetur locatori, vel commodanti damnum datum reſarcire, ita pariter actione Legis Aquiliæ non indiget, cùm ſuâ non interſit, fuiſſe damnum ab homine datum. Excipe, ſi Commodatarius poterit hominem, ne damnum daret, cuſtodire, vel ipſe cuſtos damnum dederit: eſt limitatio Marcelli apud Ulpianum in *l. 41. ff. locat. D. D. Eranz p. m. h. t. num. 9.*

Si-

non contra, ut temerariè aſſerit, ſed juxta prima juris principia obviare. Ait (I.) Eſt inventa hæc Actio, ubi Lex Aquilia ceſſat; unde pauperies per feras beſtias data huc non pertinet. Si enim fera eſt occupata, ſubeſt culpa: ſi non: nemo adeſt, qui poſſit conveniri. Ait (II.) hæc ſententia, quòd, ſi fera beſtia damnum dederit, competat actio utilis, pugnat cum Philoſophia Ulpiani, in *tot. l. 1. ff. h. t.* imo & ipſius Triboniani in *princ. h.* Equidem *ad primum* jam ſuperius monuimus, poſſe animal ferum ſine culpa, vel ex culpa tertii, qui ignoratur, damnum dediſſe; & ideo ceſſante Lege Aquilia quadrupedariam obtinere, dummodo cuſtodiam domini non planè evaſerit. *Ad ſecundum* negatur aſſertum: Dicit quidem Ulpianus in *d. l. 1. §. 10.* hanc actionem in feris beſtiis non obtinere PROPTER NATURALEM FERITATEM. Et hactenus benè, quia ſupponit de directa, de qua hucusque illi erat ſermo. *Et ideo*, pergit, *SI URSUS FUGIT, & ſic nocuit, non poteſt quondam dominus conveniri*: Sed cur? Dices haud dubiè, quia eſt fera beſtia? Minimè! Longè alia eſt Philoſophia Ulpiani: Qualis ergò? QUIA DESINIT DOMINUS ESSE, UBI FERA EVASIT. Si hæc eſt principalis & genuina ratio, ex Philoſophia Ulpiani, non eſt alius defectus pro ſtatuenda actione quadrupedaria, quàm dominium, quod amiſit; conſequenter ſi dominium permanet, obtinebit hæc actio non quidem directa, cùm verba legis deficiant, ſed utilis: Ita ex dictis. Nec alia eſt Ratiocinatio Triboniani

in

Similiter (en *Subjectum Paſſivum*) dari hanc actionem, ad exemplum noxalis, contra dominum, qui talis erat tempore litis conteſtatæ, & quemcunque alium poſſeſſorem, eſt doctrina Ulpiani in *d. l. 1. §. 12.* & *ult. ff. d. t.* quia noxa caput ſequitur. Et, ſi plures ſint domini, quilibet tenetur in ſolidum, *d. l. 1. §. 14.* ita tamen, ut ſolutione, vel deditione unius reliqui liberentur, & ille, qui dedit contra reliquos, vel familiæ erciſcundæ, vel communi dividundo, aut etiam pro ſocio actione, juxta diverſitatem caſuum, regreſſum habeat, *arg. l. 8. ff. de noxal. act.*

Petimus hac actione (habes *Objectum*) æſtimationem damni, quæ rurſus principaliter eſt in obligatione, *arg. l. 6. §. 1. ff. de re jud.* Licet ab ea ſe dominus liberare poſſit animal noxæ dando, *pr. Inſt. h. l. 1. pr. ff. eod.* niſi (I.) negaverit ſe poſſidere, & convincatur de mendacio, *d. l. 1. §. 15.* vel (II.) disjunctivè condemnatus moram contraxerit, atque actione judicati conventus judicium ſuſceperit, *l. 20. §. 5. ff. de pet. her.* aut (III.) animal noxæ poſt litem conteſtatam, *vid. d. l. 1. §. 13.* & *16. ff. d. t.* aut etiam (IV.) ſi ante litem conteſtatam, ſed tamen dolô, vel culpâ domini mortuum, interfectum, aut amiſſum fuerit, *arg. l. 23.* & *82. §. un. ff. de V. O.* His omnibus caſibus, ceſſante electione deditionis, tenetur dominus ſolidam damni æſtimationem perſolvere, *citt. texx.* 4

Ut autem obtineat hæc Actio ſuis requiſitis (ſeu *Formâ*) inſtructa ſit, oportet. Debet itaque probari, fuiſſe damnum ab animali ſponte, forte laſciviâ, pavore, aut feritate commoto datum; *princ. Inſt. h.* ſi itaque præceſſerit culpa domini, vel alterius, puta, ſi equus, vel mulus plus juſtó oneratus, vel ab alio virgîs, aut quomodocunque concitatus, calce percuſſerit, ceſſat hæc Actio, & ſubintrat Actio Legis Aquiliæ contra illum, qui culposè concitavit, *vid. d. l. 1. §. 4. 5. 6.* & *7. ff. eod.* Idem dicendum, ſi equus à cane latrante concitatus calce percuſſerit, ubi dominus canis, vel ex Lege Aquilia, ſi culpa præceſſit, vel hac actione, ſi culpa abfuerit, erit conveniendus, *d. l. 1. §. 8.* Huc tamen non ſpectat 5

Ooo ſpe-

in *d. princ. Inſt. h. t.* ùt legenti patebit. Imò Tribonianus ſuam mentem ſatis declarat in *§. un. eod.* ubi poſtquam recenſuit caſus, in quibus competunt ex animalibus nocivis, ſeu etiam ſua natura feris actiones ædilitiæ ita concludit. *Præter has autem ædilitias actiones ET DE PAUPERIE LOCUM HABEBIT.* Reponit Thomaſ. hæc Triboniano incogitanter, & inadvertenter excidiſſe. Pulcherrima profectò reſponſio! num forte minùs congruit tam cordato JC. qui dum juris principia ſalvare intendit, mavult in ea turpiter impingere, quàm ſputa Triboniani lingere? Ergo (inclamitat Thomaſ.) voluit Compilator, ſeu Juſtinianus in hoc §. novam legem condere, & veteres JCtos corrigere, quod tamen non apparet? Allegare has leges JCtorum Veterum oportuiſſet Thomaſium, quæ actionem quadrupedariam in noſtra hypotheſi negant. Nos interim autumamus, Leges Digeſtorum, ſi ſint dubiæ, ſatis explicari per *cit. §.* quod ſæpiùs fieri nemo JCtorum ignorat. *arg. l. 34. §. 2. de leg. 1.* & *§. 6. Inſt. eod.*

Digitized by Google

ſpecies facti, quæ proponitur in *l. ult. ff. d. t.* ubi mula ab equo olfacta crus Agaſoni fregit, nec tamen dominus equi, ſed mulæ hac actione teneri dicitur; nam equus olfaciendo nil agit contra naturam. *Stryck. de Jur. ſenſ. diſſ. 5. c. 2. n. 44.* ubi *n. ſeq.* ridiculam de olfactu hiſtoriam recenſet. Eſt hic, quod meritò dubites, num poſſit ſine culpa domini damnum hoc emergere? Siquidem Tribonianus in *princ. Inſt. h.* & JCtus in *l. 1. §. 4. ff. eod.* allegat: *Si equus calcitroſus calce percuſſerit, bos cornu petere ſolitus, cornu petiẽrit:* Nónne, ſi res ita ſe habeat, ſemper intercedit culpa domini, quòd ejusmodi animalia retineat, aut non meliùs cuſtodiat? Absque dubio erit contra illum non levis præſumptio, præſertim, ſi tale animal diu habuerit. Interim tamen, quia dominus ipſe hoc vitium facilè poteſt ignorare, nec per ſe loquendo requiratur, ut equus fuerit calcitroſus, uti colligitur ex verbis generalibus, *d. l. 1. §. 7.* adeóque hæc verba potiùs incidenter, & non per modum conditionis irrepſerint, non rarò hæc Actio obtinebit. Opportet inſuper, ut probetur, damnum fuiſſe datum contra naturam generis, *d. pr. h.* hinc, ſi bos ſuopte motu (ſecùs, ſi ab alio actus, ubi Aquilia obtinebit) aliena gramina depaverit, porcus alienas glandes legerit, capræ novellas roſerint ſalices, non hæc quadrupedaria (neque incluſio, niſi dominus ignoretur, *l. 39. §. 1. ff. ad L. Aquil.*) ſed vel Legis Aquiliæ, ſi culpa præceſſerit, *l. ult. C. de L. Aquil. Voët. ff. h. t. num. 1.* vel de paſtu actio locum habebit, *arg. l. 14. §. fin. ff. de præſ. verb. cit. D. D. Franz p. m. h. num. 17.* Idem dicendum (ceſſare nempe quadrupedariam) ſi quis in taberna ſe recipiens à cane feroce, qui cuſtodiæ causâ ligatus (ſecùs, ſi ſolutus) eſt, læſus ſit, *l. 2. §. 1. ff. d. t. Hopp. h. verſ. Apparet.* non enim debuit tam propè accedere. Quid, ſi quadrupes quadrupedem concitaverit? Dominus animalis concitantis damnum luat: Ita decidit Ulpianus in *d. l. 1. §. 8.* Et quid æquius? Siquidem animal provocans contra-provocatum verò juxta naturam, videlicet defenſionis causâ læſit: huc etiam collimat opinio Quinti Mucii relata à JCto in *d. l. 1. §. 11.* Quid, ſi non conſtet, quale animal priùs concitaverit? Non quidem Actio, per ſe loquendo, ſed ejus probatio unà cum effectu deficiet, vid. *l. 45. §. 3. ff. ad Leg. Aquil.* junctâ *l. 30. ff. de teſtam. tut.* Probandum denique, alterum, contra quem agitur, poſſidere, vel dolô poſſidere deſiiſſe, *arg. l. 24. 26. §. 1. & 39. pr. ff. de noxal. act.* His ritè in judicium deductis, ſequitur *Effectus*, ſeu condemnatio Judicis, qui, eſto Actor (uti poteſt, *arg. d. l. 6. §. 1. ff. de re jud.*) ſimpliciter æſtimationem, nulla deditionis facta mentione, petiẽrit, non præcisè ad eam, ſed data Reo convento electione condemnare debet, veluti exhibetur formula in *§. 1. de off. jud.* his

Digitized by Google

his verbis: ***Publium Mevium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere.*** Quid, ſi corpus damnum paſſum puta, liber homo, æſtimationem non recipiat? Gajus in *l. 3. ff. b. t.* rem ita decidit, *ut non deformitatis quidem habeatur ratio, cùm liberum corpus æſtimationem non recipiat, ſed impenſarum in curationem factarum, & operarum amiſſarum quasque amiſſurus quis eſſet, inutilis factus.* Revid. quæ diximus ad *tit. de L. Aquil. num. ult.*

Diſceptatur fervidè, num lex quadrupedaria obliget ante omnem Judicis ſententiam? Affirmant poſt alios Gletle *Jurisprud. Terrib. tom. 1. p. 2. c. 4. num. 12. & 13. D. D. Franz ubi ſuprà num. 1.* Eorum rationes ſunt (I.) Quòd lex iſta merè ſit præceptiva, quatenus vult abſolutè, ut, qui ſentit commodum animalis, ſentiat & incommodum. Id, quod (II.) exinde elucet, quia nullam ſupponit culpam, neque Theologicam, neque Juridicam, ſi enim culpa præceſſit, ſubintrat Actio Legis Aquiliæ, *d. l. 1. §. 4. & ſeqq. ff. b. t.* Aliàs enim (III.) ſi culpam ſupponeret, non poſſet extendi ad tertium, qui tempore damni dati non poſſidebat utpote, cùm ſit extra omnem culpam. Quibus accedit (IV.) *cap. ult. de injur. & damn. dat.* ubi poſſeſſor ad ſatiſfaciendum abſolutè condemnatur. Verùm mea conſcientia impræſentiarum durior eſt, quàm, ut his rationibus moveri poſſit; ſi enim lex quadrupedaria abſolutè præ oculis habuiſſet reſarcitionem damni, adeóque ex illo fundamento, quòd, qui ſentit commodum, ſentiat & incommodum, purè, ùt volunt, eſſet præceptiva, non permiſiſſet, ut poſſeſſor deditione noxæ, viliſſimi quandoque animalculi, puta, inutilis cujusdam canis, aviculæ &c. in ordine ad damnum etiam graviſſimum, ſeſe poſſet liberare, ſed abſciſsè ad damnum reſarciendum condemnaret: unde ſignum eſt, quòd lex iſta conſideraverit hoc damnum, tanquam aliquod delictum, ſaltem ſimilitudinariè tale, quod etiam innuit ipſe JCtus in *d. l. 1. §. 1. ff. b. t.* ibi: *Noxia autem eſt ipſum DELICTUM.* Ideo voluit, ut dando animal, ſuô modô delinquens, liberaretur: conſequenter non lex præceptiva; ſed potiùs pœnalis eſt dicenda. Accedit, quòd Actio quadrupedaria in *§. un. b.* dilucidè ſupponatur pœnalis (intellige reſpectu rei conventi) dum Tribonianus, poſtquam ædilitium Edictum, *quo prohibetur, nos canem, verrem, aprum, urſum, leonem ibi habere, quà vulgò iter fit*, explicuit ita, ut, *ſi adverſùs ea factum erit, & nocitum* (ſi occiſus, eſt pœna 200. ſolidorum, *l. 42. ff. de ædil. edict.*) *libero homini eſſe dicatur, quod bonum, & æquum Judici videbitur, tanti dominus condemnetur: Cæterarum verò rerum, quanti damnum datum ſit dupli*, hîs verbis pergit: ***Præter has autem ædilitias Actiones, & de pauperie locum habebit:*** ad-

 di-

Digitized by Google

dita ratione, *quòd actiones, præſertim POENALES, de eadem re concurrentes* alia aliam non conſumat. Ineptiſſima ratio, ſi quadrupedaria non eſſet pœnalis! Hinc ineptiùs arguit *cit. D. D. Franz ubi ſuprà num. 25.* Ex eo, inquit, quod in *l. 130. ff. de R. J.* id ipſum habeatur, quòd nunquam actiones pœnales una aliam conſumat, malè infertur, actionem quadrupedariam eſſe pœnalem. Damus quippe ex illa lege, quæ generalis eſt, hoc malè inferri de quadrupedaria: Non tamen malè infertur ex *cit. §.* qui in ſpecie hanc rationem ad quadrupedariam applicat. Et hanc ſententiam nobiſcum tuetur inter alios *Magnif. D. P. Schmier Juriſpr. Can. Civ. tom. 3. tr. 3. c. 1. ſect. 6. num. 201. & ſeqq.* Rationes oppoſitæ ex dictis facilè diluuntur: Dum ad *Primum* negatur ſimpliciter aſſertum: contrarium patet ex ratione mox à nobis data. *Ad ſecundum* reſpondent communiter, legem hanc ſupponere culpam, non quidem veram, ſed præſumptam, quæ non raro intercedere videtur, puta, ſi equus calcitroſus, bos cornu petere ſolitus, uti habetur in *pr. h.* vel etiam canis mordere aſſuetus, damnum dederit. Si hoc diſpliceat, cùm non opus ſit, ut equus ſit aliàs calcitroſus &c. ſed ſufficiat, damnum ab animali fuiſſe datum; dici poterit, ſupponere factum animalis, quod pro delicto ſimilitudinariè tali habetur: Deinde non eſt novum, dari pœnam ſine prævia, etiam qualicunque, culpa, modò ſubſit cauſa, quæ hic adeſt, nempe, quia dominus ſentit commodum animalis. Ita docemur ex *c. 23. de R. J. in 6.* ibi: *ſine culpa, NISI SUBSIT CAUSA, non eſt aliquis puniendus.* Exinde patet reſponſio ad *Tertium*: Quod attinet ad *c. ult. de injur.* ſeu ad *Quartum*, textus nobis apertè favet, dum expreſsè ad normam Juris Civilis admittit, poſſe dominum per deditionem noxæ ſe liberare in verbis: *niſi ea dando paſſis damnum, velis liberare te ipſum.* Conſequenter neque Jus Canonicum damni reparationem præciſè reſpexit. Arguis quidem, ùt imaginor, nos ipſos dixiſſe, venire principaliter in obligationem ipſam damni reſarcitionem: Ita eſt, nec palinodiam canimus, ſed contendimus obligationem illam oriri ex quodam delicto ſimilitudinariè, ſeu quadam cauſa pœnali, quæ ante ſententiam non ſtringit. Nondum ceſſas: ſed rurſus dicta ſubſumis, dixiſſe nos oriri hanc obligationem ex æquitate naturali: Neque hujus pœnitet. Æquitas autem iſta non ſe adeò extendit, ut ante omnem Judicis ſententiam obliget, ſed tantùm viam ad hanc actionem inducendam indigitavit.

TI-

Digitized by Google

TITULUS X.

De iis, per quos agere poſſumus.

VHis Actionibus *admonendi ſumus* (pergimus rurſus verbis Juſtiniani *h. in princ.*) *agere poſſe quemlibet hominem, aut ſuo nomine, aut alieno: veluti procuratorio, tutorio, curatorio; cùm olim in uſu fuiſſet, alterius nomine neminem agere poſſe.* (Rationem ſubminiſtrant Vinn. *h. ad pr. & Manz. ibid. num. 3. ex l. 2. §. 6. ff. de O. J.* quia omnes actiones erant legitimæ, certâ nempe formulâ, quæ præſentiam exigebat, inſtructæ) *niſi pro populo, pro libertate, pro tutela; Præterea Lege Hoſtilia permiſſum erat furti agere eorum nomine, qui apud hoſtes eſſent, aut Reipublicæ causâ abeſſent; ſed, quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per Procuratores litigare; nam & morbus, & ætas, & neceſſaria peregrinatio, itémque aliæ multæ cauſæ ſæpè impedimento ſunt, quò minùs rem ſuam quisque exequi poſſit:* Hactenus ferè textus. Et hoc eò conſultiùs, quo olim inhumaniùs receptum erat, ut litigantes, etiam ægroti, in jus venire cogerentur, ita, ut jumento, aut vehiculo impoſiti comparere debuerint; veluti refert Gell. *Noct. Attic. lib. 20. cap. 1.* (a) *Laud. Vinn. loc. cit.* Nomen Procuratoris autem ſubinde tam latè ſumitur, ut quosvis rerum alienarum Adminiſtratores, Tutores, Curatores, negotiorum geſtores complectatur, *arg. l. 3. ff. de tut. & rat. diſtrab.* Subinde ſtrictè venit, ut illos complectatur, qui negotia aliena tam in-quàm extra judicium mandato domini adminiſtrant, *l. 1. pr. l. 43. pr. ff. h. t.* (*id eſt, de procurat.*) Subinde ſtrictiſſimè accipitur, ut tantùm indicet illum, qui negotia judicialia mandato domini adminiſtrat, ita quidem, ut, ſi partes actoris ſuſtineat, vocetur PROCURATOR in ſpecie, ſi Rei, præſertim, dum mandato deſtituitur, DEFENSOR, *l. 46. §. 2. l. 76. ff. h. t.* aut, ſi Univerſitatis, SYNDICUS, qui æquiparatur 1

 Pro-

(a) Vacillabit fides, cui æquitas Romanæ Legislationis in æſtimatione eſt. Audiamus itaque *alleg. Gell. ubi suprà.* „Sicut illud quoque (ita hic Scriptor) non humaniter „ſcriptum improbavit Populus Romanus, quod ſi homo in jus vocatus, morbo ætate „æger, ad ingrediendum invalidus eſt, arcera non ſternito, ſed ipſe auffertur, & „jumento imponitur„, atque ex domo ſua ad Prætorem comitium nova funeris facie affertur; quam enim ob cauſam morbo affectus, & ad reſpondendum pro ſe non „idoneus jumento adhærens in jus Adverſario deportatur?„ Plura alia in *hoc Capite 1. ex L. 12. tabb.* ſatis dura, & vix non ridicula atrocitatis cenſentur.

Digitized by Google

Procuratori, habenti mandatum generale *cum libera*, *arg. l. 6. §. ult. ff. quod cujusque univ. nom.*

2 Hic ſumimus Procuratorem, ita exigente rubrica, in ſenſu ſtrictiſſimo pro eo, qui negotia judicialia ex mandato ſuſcipit: & definiri poteſt, quòd ſit *Perſona, quæ cauſas alienas in judicio ex mandato, & nomine alieno adminiſtrat.* Dicitur notanter: *Ex mandato*, ubi apparet differentia Procuratoris à negotiorum geſtoribus, Tutoribus, Curatoribus, cæterſque his ſimilibus, qui negotia aliena, ſine mandato pupillorum, minorennium, aliorúmque principalium gerunt. Dicitur ulteriùs: *Adminiſtrat*, per quod diſcriminatur ab Advocato; hic enim non tam adminiſtrat cauſas judiciales, quàm potiùs adminiſtrantibus Juris fundamenta ſuggerit, nec tam litigat, quàm potiùs litigantibus ſuâ Juris peritiâ, ac prudentiâ aſſiſtit: Ille verò, ſicut ipſe principalis, ejus tamen nomine litigat, fitque, ùt infrà patebit, litis dominus; unde Advocatus os Procuratoris, & Procurator cor Advocati nuncupari ſolet. *Lauterb. ff. h. t. §. 2.* Munus Procuratoris vile, *arg. l. 34. C. de Decurionib.* Advocati verò honorificum reputatur, *l. 7. C. de poſt. l. 8. & 14. C. de Advocat. diverſ. judicior.*

3 Multifariæ ſunt Procuratorum ſpecies pro diverſitate modi, quô tam quoad cauſas, quàm quoad effectus, conſtituitur. Unde alius eſt VERUS, qui nimirum vero, atque ſpecifico mandato inſtructus eſt, prout regulariter requiritur, id eſt, **mit einem ordentlichen Gewalt verſehen.** Alius PRÆSUMPTUS, qui mandatô tantùm præſumptô munitus, quales ſunt Parentes, ſi cauſas liberorum, vel viciſſim; Conjuges, ſi cauſas conjugis gerendas ſuſcipiant, quæ perſonæ, ſi caveant de rato, ex dicendis *tit. ſeq.* admitti debent, *vid. l. 34. pr. ff. l. 21. C. de Procurat.*

Alius Generalis, alius Specialis. GENERALIS eſt, cui omnia negotia, vel ſaltem plura, puta, omnia negotia Extrajudicialia, quem hic non tangimus, vel judicialia, eáque vel omnia tam præſentia, quàm futura; vel ſaltem plura, modò non ſint determinata, commiſſa ſunt. Et hic eſt rurſus CUM LIBERA, vel SINE LIBERA, ſeu ſimpliciter talis, *Ille* eſt, cui competit facultas, omnia ea agendi, quæ ipſe principalis prudenter faceret, ſeu, quæ indigent aliàs ſpeciali mandato; quò ſpectat facultas tranſigendi, juramentum deferendi, & alia, quæ videri poſſunt apud *Cocc. Jur. contr. h. t. quæſt. 10.* & alios paſſim. *Iſte*, cui tantùm illa cenſentur conceſſa, quæ communiter Procuratori committi ſolent, nec indigent ſpeciali mandato: Legalitatem, & Effectus hujus diviſionis notabiles præter ea, quæ diximus ad *tit. de mand. num. 1.* vi-

vide-ſis apud D. D. *Franz h. num. 6. & ſeqq.* atque nervoſiùs adhuc apud Voët. *ff. eod. num. 7.* (a) SPECIALIS EST, cui tantùm unum, vel alterum negotium (puta, hæc, vel illa lis) aut etiam plura, ſed tamen determinata commiſſa ſunt. Cui ſimiliter apponi poteſt etiam clauſula *cum libera*, cuilibet enim in praxi etiam parùm verſato, obvium erit, in una, eadémque lite plura poſſe emergere, quæ indigent ſpeciali mandato, v. g. jurare, juramentum deferre, quæ utique cum mandato de lite proſequenda non ſunt, per ſe loquendo, neceſſariò connexa: unde meritò miraberis, hanc clauſulam paſſim tantùm applicari Procuratori generali: Niſi contendere fortaſſe velis, Procuratorem etiam ad unam tantùm litem datum, debere dici generalem, cùm detur ad plures actus indeterminatos ex eadem lite emerſuros: Quod, an benè dici poſſit, aliis, ſubtilitatibus magis deditis, judicandum relinquimus, hoc unum monentes, quòd, ſtante hac explicatione, vix vel certè rariùs foret locus mandato ſpeciali, cùm quodvis ferè negotium, præſertim judiciale, plures actus indefinitos importet.

Alius iterum eſt vel in REM ALIENAM, qui videlicet aliena negotia nomine alieno, & in commodum alienum adminiſtrat, & alius IN REM SUAM, SEU PROPRIAM, qui aliena quidem negotia alieno nomine gerit, ſed tamen in ſuam propriam utilitatem, ſeu commodum: quod fieri poteſt tum ex parte Actoris, tum ex parte Rei: Ex parte Actoris fit Procurator in rem ſuam, qui actionem à creditore emit, ejúſque nomine mandato inſtructus agit: Talis quippe Procurator eſt, quia nomine alieno in judicio experitur, ſed tamen in ſuam propriam utilitatem, hoc ipſo, quòd emolumentum actionis emptæ (idem, ſi donata, legata, vel alio titulo habili, ſuo ſenſu, tranſlata ſit) ad ipſum procuratorem ſpectet, *l. 9. C. h. t. l. 3. C. de novat.* Dixi: *ſuo ſenſu tranſlata:* Nec enim tranſlatio Actionum, quæ ſemel acquiſitæ, inhærent oſſibus perſonæ, atque ab ea ampliùs divelli non poſſunt, *arg. §. 21. de leg. l. 1. 2. & 3. ff. pro ſoc. Hub. h. ad tit. de mand. num. 3.*

eô

(a) Regulam ſubminiſtrat Laud. Voët. *loc. cit.* Procurator cum libera omnia ferè poteſt, quæ ipſe dominus, ſic, ut non modò urgente neceſſitate, ſed & ſuadente mandantis utilitate res domini poſſit alienare, & in alterum dominium transferre. *l. 60. §. ult. ff. mand. l. 58. ff. h. t. §. 43. de Rer. Divis.* ſolâ donationis licentiâ ei denegatâ, cùm donare potius ſit perdere, quàm adminiſtrare. *l. 28. §. fin. ff. de pact. l. 7. pr. §. 3. & 4. ff. de donat.* At is, cui ſimpliciter res adminiſtrandæ mandatæ ſunt, non poteſt alienare niſi fructus, aliáſque res, quæ facilè corrumpi poſſent. *l. 63. ff. h. t.* Limitat nihilominus ulteriùs hoc aſſertum (& ſub hac limitatione ſatisfacit textibus contrariis, quales ſunt *l. pen. § 3. ff. de div. temp. præſc. l. 17. §. fin. l. 19.*

modô fieri poteſt, quô ſit translatio rerum corporalium, quæ ab uno ad alium quovis die transferri videmus, ita, ut mediante traditione emptor dominium acquirat, quod non obtinet in rebus incorporalibus, in quibus, præter titulum, ſeu cauſam emolumenti translativam, puta emptionem-venditionem, opus eſt mandato, quo mediante is, in quem jus, ſeu Actio translata eſt (vulgò Ceſſionarius) in locum illius, qui jus tranſtulit, ſurrogatur, ejúsque nomine quaſi Procurator actionem inſtituit: nec aliter, quàm litis conteſtatione actionis dominium conſequitur; quamvis ex Reſcripto D. Pii, quod refertur ab Ulpiano *in l. 16. ff. de pact.* etiam ante mandatum utiliter agere poſſit. *Laud. Autbor ibid.* Revid. dicta *de empt. vend. num. 4.* quo caſu tamen non alieno, ſed proprio nomine agit *l. ult. C. quand. fiſc. vel priv.* neque iisdem, quibus principalis, gaudet privilegiis, per ea, quæ habet *Brunn. ibid.* Ex parte Rei ille ſit Procurator in rem ſuam, qui cauſam alieno nomine ex mandato defendit, ſed rurſus in ſuam propriam utilitatem, quod contingit, ſi conſtituens contra Procuratorem habeat regreſſum, caſu quo lis amittatur. Idque obtinet, ſi emptor ratione rei emptæ conventus, venditorem ad defendendum conſtituat, *l. 66. §. 2. ff. de evict.* ſi creditor ratione rei oppignoratæ impeditus oppignoranti litem committat, *l. 42. §. 4. ff. h. t.* ſi fidejuſſor debitori principali mandatum ad cauſæ defenſionem impertiatur, *l. ult. §. 2. ff. ad condict. indeb.* Sanè præter datas Procuratorum ſpecies, ſi modernum ſtatum conſideremus: Alii ſunt PRIVATI, qui Amicorum rogatu cauſas litigioſas in ſe gerendas ſuſcipiunt, de quibus om-

l. 19. ff. de pignor. act. l. 28. §. ult. ff. de pact. l. 10. C. quod cum eo, qui in alien. pot. & alii) in filiisfam. & ſervis, ſi illis commiſſa ſit peculii adminiſtratio; Ejusmodi enim peculii conceſſam ADMINISTRATIONEM ſimpliciter, æquivalere ait LIBERÆ adminiſtrationi, adeóque mandato cum libera *arg. l. 13. ff. de condict. indeb.* junct. *cit. l. 18. in fin. & l. 19. ff. de pignor. act.* Siquidem cum ſola conceſſio vel tolerantia peculii jam involvat ipſo jure ſimplicem adminiſtrationem, ita, ut pater vel dominus etiam inviti obligentur peculiotenus *l. 7. §. 1. l. 49. ff. de pecul.* neceſſum videtur, ut, conceſſa in ſpecie adminiſtratione, non alia poſſit intelligi, quàm LIBERA, ne aliàs tantùm illud detur, quod ex natura peculii & per ſe filiisfam. & ſervis jam antea competebat. Accedit, quòd, cùm in multis textibus ſiat mentio LIBERÆ adminiſtrationis, in aliis verò hæc particula omittatur, debeat (nominis Ethymologia ita dictante) aliquid plus operari. Hinc, eſto quandoque, ut alibi oſtendimus, ea, quæ attribuuntur Procuratori CUM LIBERA, etiam indulgeantur Procuratori generali ſimpliciter, quatenus non pauca circa adminiſtrationem, & etiam alienationem habent communia, differunt nihilominus notabiliter in eo, quod ille poſſit non ſolum facere, quæ neceſſitatem, ſed etiam quæ utilitatem (alienando fortè ſuperflua, aut meliori pretio) concernunt. *d. l. 60. §. ult. ff. mand. d. l. 58. ff. h.* Iſte verò tantum alienare poteſt concurrente neceſſitate. *arg. l. 63. ff. h. arg. l. 11. §. ult. l. 12. ff. de pignor. act. cit. Voët. ubi ſupra.*

Digitized by Google

omnes Rubricæ, tum Juris Canonici, tum Civilis intelliguntur. Alii PUBLICI, iique Juri ſcripto incogniti, qui authoritate publica ad hoc officium in certo numero aſſumpti ſunt, debéntque eſſe ordinis Judiciarii periti; quapropter majorem habeant cum Advocatis affinitatem: quamvis ab iis notabiliter in eo adhuc differant, quòd litem ex mandato adminiſtrent; Advocati verò tantùm patrocinium præbeant. Plura de his congeſſit, *Hub. ff. b. t. num. 9. & ſeqq.* Addant. dicta in noſtra Diſſ. ad *ff. lib. 3. tit. 3. num. 2.*

Procuratorem conſtituere poteſt (patet *Cauſa Efficiens*) qui non 4 prohibetur, eſt enim Edictum hoc prohibitorium, omnibus hanc facultatem permittens, quibus non prohibet, *l. 43. §. 1. ff. b.* Quòd, ſi regulam poſitivam expoſcis, eſto hæc: Omnis ille poteſt Procuratorem (judicialem) conſtituere, qui eſt dominus litis, & habet liberam rerum ſuarum adminiſtrationem, adeóque per ſe litigare poteſt. *Huber. ff. b t. num. 2.* Hinc ex defectu primæ conditionis hæc facultas non competit Tutoribus, Curatoribus, vel Procuratoribus ipſis, niſi poſt litem conteſtatam, quia antea non ſunt litis domini; ſed tantùm Actorem, qui ſolummodo ad unum, vel alterum actum datur, conſtituunt, *l. 11. C. d. t. arg. l. 22. & 23. C. eod.* Ex defectu ſecundæ conditionis deficit hæc poteſtas in ipſis pupillis, minorennibus, & filiisfamilias ſine Tutorum, vel Curatorum interventu, patriſque conſenſu, niſi in iis cauſis, ubi iſti (filiifamilias) per ſe litigare poſſunt. Vid. plures caſus apud Ulpianum in *l. 8. pr. ff. b.* junctâ *l. ult. C. qui leg. perſ. ſtand. in jud.* Excipitur à data regula Prælatus Eccleſiaſticus, qui, eſto ante litem conteſtatam dominus non ſit, nihilominus ob eminentiorem poteſtatem Procuratorem conſtituere non eſt prohibitus, *c. 6. de juram. calum.* Num autem quis, dum fortè impeditus eſt, poſſit ad Procuratorem conſtituendum cogi, ambigitur: In regula dixeris quòd non; tum, quia conſtituitur per contractum mandati, ad contrahendum autem nemo poteſt cogi, tum, quia Procuratoris officium inventum eſt in commodum conſtituentis; unde Adverſarius, cujus intereſt, cauſam ad finem perduci, ad patientiam habendam obſtringitur, *arg. cap. 2. b. t.* cui deciſioni non officit *c. 6. de dol. & contum.* ubi infirmitate temporali correptus in contumaciam fuit condemnatus, ex eo, quòd ſaltem per Procuratorem non comparuerit; nam ex lectione textûs patebit, infirmitatem fictam fuiſſe potiùs, quàm veram: Secùs tamen foret dicendum, ſi ſubeſſet impedimentum aliquod perpetuum, vel ad longius omninò tempus. *Magnif. D. P. Schmier Juriſp. Can. Civ. tom. 1. lib. 2. tr. 1. c. 2. n. 292.*

Procurator (qui malè pro *Subjecto* ſui ipſius venditatur) eſſe po- 5 teſt, qui habet legitimam perſonam ſtandi in judicio. Ubi notandum,

Digitized by Google

quòd, uti nemo ad Procuratoris officium ſuſcipiendum, niſi illud, prout fit in multis locis, publicè, ut ita dicam, profiteatur, cogi poteſt, *c. 7. h. t. in 6. l. 17. C. eod.* junctâ *§. 11. de mand.* ita ab hoc munere abſolutè repelluntur, & quidem ex cauſis generalibus SERVI, EXCOMMUNICATI, PUPILLI, RELIGIOSI. Ex ſpecialibus MUTI, ET SURDI, *l. 43. pr. ff. h. t.* ACCUSATI de crimine, antequam innocentiam probaverint, *l. 6. C. d. t.* POTENTIORES, ne mole potentiæ adverſarios injuſtè opprimant, *tot. tit. ne Fiſc. vel Reſpubl. procurat.* DECURIONES, ET CURIALES, *l. 3. C. de locat. cond. arg. l. 34. C. de Decurion.* CLERICI in majoribus conſtituti, niſi in cauſis Eccleſiarum, vel perſonarum miſerabilium, *arg. c. 1. de poſtul.* FOEMINÆ, *l. 18. C. h. t. arg. l. 2. ff. de R. J.* Limita, ſi cauſa ſit cujusdam perſonæ conjunctæ, *l. 41. ff. h. t. l. 3. §. 2. ff. de liber. cauſ.* Aliam limitationem quoad uſum fori ſubminiſtrat Voët. *ff. h. num. 4. in fin. & num. ſeq.* quæ tamen vix arridet. MILITES, vid. *l. 8. §. 2. ff. l. 7. 9. & 13. C. h. t.* tum ne avocentur à ſignis militaribus, tum ne militari ferocia aliis graves exiſtant. Huc probabiliùs reducuntur etiam notoriè INFAMES, quòd Jure Canonico, cui praxis, teſte Stryck. *h. t. t. §. 19. Gail. 1. obſ. 43. n. 8.* ſe conformat, certum videtur ex *cap. 1. & 2. cauſ. 3. q. 7.* unde in ſubſidium vocanda vulgata regula ex *c. 1. & 2. de N. O. N.* quòd jus clarum dubio prævaleat: Cui non refragatur *§. ult. de except.* cùm ibi ſermo ſit de infamia dubia in verb. *ne, dum de his altercatur, ipſius negotii diſceptatio proteletur.* Notes tamen velim, perſonas hactenus enarratas, dummodo aliàs habeant legitimam perſonam ſtandi in judicio, ſuas ſaltem cauſas procurare poſſe; veluti patet ex *alleg. texx.*

De minore 25. Annis res eſt dubia, num Procurator poſſit conſtitui? Ubi rurſus Jure Canonico negativa deciſa legitur in *cap. 5. §. ult. h. t. in 6.* quem textum ex veteri communi Interpretum errore originem traxiſſe, dicit, ſed non probat Voët. *ff. h. tit. num. 6.* textus verò ita habet: *licet autem quis poſt XVII. annum ad negotia* (extrajudicialia) *Procurator licitè deputetur: ad judicia tamen, niſi major XXV. annis fuerit, deputari nequit.* Idem ſentiendum, uti nobiscum poſt alios tenet Stryck. *loc. mox cit. §. 22.* de Jure Civili, quod ad normam juris clari explicandum eſt, *arg. c. 1. & 2. de N. O. N.* Imò & Jure Civili hoc clarè deciſum reperies in *l. 51. ff. d. t. Minor 25. annis*, inquit Ulpianus, *ſi defenſor exiſtat, ex quibus cauſis in integrum reſtitui poſſit, defenſor idoneus non eſt. quia & ipſi, & fidejuſſoribus per in integrum reſtitutionem ſuccurritur.* Non latet communis reſponſio, textum loqui de Defenſore, non de Procuratore, cui non ita per reſtitutionis beneficium ſuccurritur, ſicut de-

defenſori, veluti ſufficienter patet ex *l. 23. ff. de minor.* hoc enim modo potiùs ſubveniretur majori conſtituenti, cujus negotia adminiſtravit, quàm ipſi minori. At contra eſt, quòd in hoc poſteriori textu ſermo ſit de Procuratore ad negotia extrajudicialia conſtituto, qui toto cœlo differt à judiciali; hic enim fit litis dominus, & cauſam, quaſi ſuam litis conteſtatione facit, conſequenter debet habere legitimam perſonam ſtandi in judicio: Deinde datô non conceſsô, quòd textus ille loquatur de judiciali, nec adeò foret periculum reſtitutionis quoad ipſam cauſam principalem, attamen circa alia in judicio occurrentia (quò maximè ſpectat mutua defenſio, *vid. l. 33. §. 3. & 4. ff. b. t.*) & tandem contra ipſum mandatum, ſi læſus reſtituendus foret, & hinc nuſpiam tuta fides: Licebit inſuper quærere ex Adverſariis, cur debeat reſtitui quoad cauſam principalem, ùt defenſor, cùm tamen executio ſententiæ non in bona Procuratoris obtineat, ſed ipſius Principalis, *l. 4. ff. de re jud.* vel fidejuſſoris, quem defenſor mandatô non inſtructùs dare debet, *§. 5. de ſatisdat.* & cur non etiam, ùt Procurator, dum tamen in utroque caſu poſſit eſſe læſus, fortè, quòd principalis non ſit ſolvendo, *d. l. 23. ff. d. t.*

Noſtræ opinioni ſuffragatur adhuc apertiùs, *l. 12. C. d. t.* quæ poſt medium ſic ſonat: *Sanè, quòd necdum legitimam ætatem idem filius tuus compleverit, & ob hoc quidem DEPELLERE A PROCURATORIS OFFICIO eum Judex NON INJUSTE POTUIT, ſed multò juſtiùs fuit HUJUSMODI defenſorem audire, quàm te abſentem, quaſi contumacem, & indefenſum, gravi condemnatione afficere.* Nónne evidenter colligitur, potuiſſe in Theſi minorem repelli, & tantùm in hypotheſi ob favorem patris fuiſſe admiſſum. Malè igitur *D. à Someting b. t. num. 8.* cum aliis ex hoc textú ſibi victoriam ſpondet. Minùs obſtant reliqua fundamenta contraria, & quidem (I.) quòd ſervus minor poſſit manumitti Procuratoris habendi causâ, *§. 5. quib. ex cauſ. manum. lic. l. 13. ff. de manum. vind.* (II.) Quòd minor poſſit agere Advocatum, *l. 1. §. 3. ff. de poſtul.* (III.) Quòd, ſi Procuratorem egerit, non reſtituatur in integrum, *d. l. 23. ff. de minor.* Nam *primum* ob favorem libertatis indultum eſſe, ex eo colligi poteſt, quòd multa alia in favorem libertatis conceſſa ſint. Idcirco non eſt, ùt Huberus *ff. b. t. num. 2.* huic textui adeò fidat, ut aſſerere non vereatur, eos haud dubiè falli, qui in Procuratore majorennitatem deſiderant. *Illud* minùs rectè ſcriptum videbitur, quòd in *d. §. 5.* requiratur, ut non ſit minor *decem & ſeptem annis.* in *d. l. 13.* econtra admittatur, *dummodo non ſit minor annis decem & octo.* *Alterum* diſparitatem recipit, quia in Advocato non ſubeſt periculum reſtitutionis in integrum, cùm ipſe non litiget, vel fiat litis dominus, ſed tantùm liti-

 gan-

Digitized by Google

ganti aſſiſtat. *Tertium* ex dictis evaneſcit. Imò ipſe textus reſtitutionem admittit, ſi Principalis non ſit ſolvendo: In verbis: *Sed ſi eventu damnum minor paſſurus ſit, quia, quòd præſtiterit, ſervare ab eo, cujus negotia geſſit, non poteſt, quia is non erit ſolvendo, SINE DUBIO PRÆTOR INTERVENIET.*

6 Objectum Procuratoris Judicialis ſunt cauſæ, ſeu negotia, quæ eidem committi poſſunt: Committi verò poſſunt omnes cauſæ, quæ ſunt ſub patrimonio, ſeu arbitrio conſtituentis. *Stryck. ubi ſuprà §. 2.* Unde prona ſequela fluit, veluti in cauſis civilibus omnibus (ſi popularem excipias) Procurator admittitur, *arg. l. 42. pr. ff. h. t.* ita in criminalibus criminaliter intentatis non aliter poſſe conſtitui Procuratorem, quàm (I.) Si agatur ad excuſandam abſentiam, ſeu etiam innocentiam reſpectu contumaciæ, de qua, ùt vult poſt alios *Hub. ff. h. t. num. 3.* intelligi debet, *l. 33. §. 2. ff. eod.* quam interpretationem tamen latiùs, & meritò reprobat *Voët. ff. d. t. num. 14.* quem omnino vide (a): vel etiam (II.) ad pœnam pecuniariam Fiſco ſolvendam. Licèt de Jure Romano contrà ſentiat Stryck. *h. t. §. 3.* ductus *arg. l. 12. C. de his, qui accuſ. non poſſ.* ubi videtur, Inſcriptio requiri: vel denique (III.) talis ſit pœna, quæ etiam in abſentem ferri poteſt, *l. 13. §. 1. ff. de publ. jud. & arg. l. 1. ff. an per alium cauſæ appell. cit. Stryck. ubi ſuprà §. 8.* quod ex par-

(a) Verba Ulpiani in *d. l. 33. §. 2.* ita ſonant: „Publicè utile eſt abſentes à quibuscunque defendi; nam & in capitalibus judiciis defenſio datur. Ubicunque itaque abſens quis damnari poteſt, ibi quemvis verba pro eo facientem, ET INNOCENTIAM EXCUSANTEM audiri æquum eſt, & Ordinarium admittere, quod ex reſcripto Imperatoris noſtri apparet. „ Reponit quidem Huber. textum debere intelligi de innocentia non circa ipſam cauſam principalem; ſed circa ipſam abſentiam; quia in ipſa cauſa principali criminis capitalis non poſſe dari Procuratorem, indubitatum eſt ex *l. pen. §. 1. ff. de publ. jud.* Aut, pergit Laud. Author, loco INNOCENTIAM legendum ABSENTIAM; vel denique, capiendum de innocentia reſpectu pœnæ ob contumaciam irrogandæ. Verum quàm contortæ, & violentæ ſint ejusmodi interpretationes, patet imprimis ex eo, quod JC. non indiſtinctè in cauſis capitalibus Procuratorem admittendum dicat; ſed tantùm in iis, UBI ABSENS CONDEMNARI POTEST, qua limitatione non fuiſſet opus, ſi textus deberet intelligi de excuſanda ſolùm abſentia, aut abſentiæ innocentiæ, talis enim Procuratoris admiſſio in omni prorſus cauſa erit permiſſa, *arg. l 71. ff. h. t. & d. l. pen. §. 1. ff. de publ. jud.* juncto notabili textu in *l. 13. §. 1. ff. d. t.* Ibi: „Ad crimen judicii publici (ſunt verba Papiniani) perſequendum fruſtra Procurator intervenit, multóque magis ad defendendum. EXCUSATIONES tamen ABSENTium ex SCto Judicibus ALLEGANTUR, & ſi juſtam rationem habeant, SENTENTIA DIFFERTUR. „ At inſis, is ipſe textus nobis manifeſtè in verbis: MULTO MAGIS AD DEFENDENDUM eſt contrarius. Hic parum patientiæ rogamus: Capiátque doctrina modum. Nec nos, nec qui nobis præeunt, contendunt,

parte Rei exinde planum fit, quoniam, ſi agatur ad pœnam corporalem, nemo eſt dominus ſuorum membrorum, adeóque ipſe delinquens debet eſſe præſens. Accedit, quòd ex præſentia ipſius rei faciliùs rei veritas innoteſcat, juxta illud Ovidii:

Heu quàm difficile eſt crimen non prodere vultu!

Exinde tamen non credas velim, denegari præſenti Reo Procuratorem, qui ejus negotia defenſionem ſpectantia adminiſtret, ùt optimè advertit *Stryck. loc. cit. §. 10.* Ex parte ACTORIS verò ideo, quia de jure debebat ſe ſubſcribere pœnæ talionis, quam Procuratorem conſtituendo facilè potuiſſet eludere, vid. *c. 4. cauſ. 2. quæſt. 6. d. l. 13. §. 1. ff. de publ. jud.* Hæc prohibitio tamen, ſublatâ jure noviori talionis pœnâ, vix locum ampliùs habebit, uti docet Carpz. *pract. crim. p. 3. q. 105. n. 9. & 10.*

Forma Procuratoris conſiſtit in modo, quo conſtituitur; quòd autem conſtituatur, mediante mandato, tum expreſſo, *l. 1. pr. ff. mand.* tum 7
tacito, *arg. l. 6. §. 2. l. 18. ff. eod. & l. 11. C. de pact. conv. Hopp. h. ad §. 1.* explicatione ampliùs non indiget, præſertim, ſi ea, quæ ad *tit. de mandato* tradita ſunt, recolligantur.

Effectus, qui à Procuratore promanare poſſunt, deſumendi ſunt à 8
facultate per mandatum, ejúſque annexas clauſulas conceſſa. Interim tamen facultas Procuratoris generaliter eſt, quòd litis conteſtatione efficiatur ejus (litis) dominus, *l. 21. l. 23. C. h. t.* Verùm non capis, quid

dunt, admitti ſtatim & initio accuſationis debere Procuratorem etiam in cauſis, ubi abſens poteſt damnari (& ita intelligitur textus ſuperius ab Huberto adductus) ſed primùm, ſi lis cum reo præſente fuerit conteſtata, & poſtea (pone, non fuiſſe incarceratum; fortè, quod caverit) abeſſe cœpiſſe. Non enim latent manifeſtæ conſtitutiones, & reſponſa, quibus decernitur, abſentes ne quidem potuiſſe accuſari *l. 15. C. ad L. Jul. de adult.* ſed tantùm requiri debuiſſe, ceu patet ex *l. 1. & tot. tit. ff. de requir. reis & abſ. damn.* aut etiam potuiſſe in numerum reorum referri, ſuppoſito, quòd contra illos præſentes crimen fuerit inchoatum *l. 13 C. ad L. Jul. de adult.* Non tamen abſentes defendi *l. 11. §. 2. ff. eod.* Accedit deinde (ut redeamus ad noſtrum textum) pro incorrupta lectione, atque genuino intellectu *cit l. 33. §. 2 ff. h. t.* quòd Ulpianus ſe referat ad reſcriptum Imperatoris, videlicet ad *l. 3. C. de Accuſat.* (Eſt Alexandri Severi, ſub cujus regimine Ulpianus floruit) ubi ita reſcribitur: *Reos capitalium criminum abſentes ETIAM PER PROCURATOREM DEFENDI Leges publicorum judiciorum permittunt.* Verùm, ùt adverto, neque his acquieſcis. Qui, ais, innocentia excuſatione indiget: Abſentiam, non innocentiam excuſari oportet. At quid eſt excuſare innocentiam, quàm pro illa verba facere? Non ſunt Jureperitis ignoti duriores quandoque etiam apud Ulpianum ſenſus. Similem habes ejuſdem JCti in *l. 6. §. 5. in fin. ff. de his, qui not. inf.* ibi: *fidejuſſi pro te, & ſolvi, mandati te ſi condemnabero, famoſum facio.* An fortè non Judex, ſed fidejuſſor condemnat, aut famoſum facit?

ſit fieri litis dominus? Non eſt rei controverſæ, quæ manet prioris domini, ſed inſtantiæ fieri dominus, quatenus Procurator lite conteſtata poteſt de ipſa Inſtantia, ſeu lite pro ſuo arbitrio diſponere adeóque alium Procuratorem ſubſtituere, einen Affter-Anwalt beſtellen, dilationes petere, ita, ut perſona ipſius Principalis ampliùs in conſiderationem non veniat; ſed omnes actus judiciales, unà cum ipſa ſententia in Procuratorem dirigantur, *l. 1. C. de ſent. interlocut.* eique actio directa (utili tamen penès principalem manente, *l. 18. ff. de dam. inf.*) acquiratur. Ratio horum eſt, quia per litis conteſtationem, utpote quaſi contractum, *l. 3. §. 11. ff. de pecul.* actio inſtituta novatur, *l. 11. §. un. ff. de novat.* conſequenter ab ipſo Principali in Procuratorem transfertur, *d. l. 27. & 28. ff. h. t. Stryck. ibid. §. 37.* ubi *§§. ſeqq.* adhuc hodie quoad potiores Effectus hæc obſervari, contra alios malè Procuratores cum Advocatis paſſim confundentes, autumat. Exinde pariter ſequitur, negligentiam Procuratoris quoad ipſum proceſſum commiſſam nocere Principali, cui tamen contra Procuratorem competit regreſſus, *l. 10. C. h. t.* Dixi: *quoad ipſum proceſſum*, nam quoad culpam perſonalem, ut, ſi fortè Judicem, vel Adverſarium injuriis afficeret, vel perſonalem inobedientiam exhiberet, ipſe, non Principalis, puniendus foret, ita intellige JCtum in *l. un. §. 2. ff. ſi quis jus dic. non obtem.* ibi: *Si Procurator tuus, vel Tutor, vel Curator jus dicenti non obtemperaverit, ipſe punitur, non dominus, vel pupillus.* Quid, ſi Principalis dolô Procuratoris læſus ſit, num erit contra Adverſarium reſtituendus? Non aliter, quàm ſi Adverſarius de dolo participaret, *l. 1. §. ult. ff. quand. appell. junct. d. l. 10. C. h. t.* Effectus, ſeu poteſtas, ſimúlque obligatio ſpecialis, quâ Procurator pollet, atque tenetur, emanat, & emenſuranda eſt, uti jam diximus, ex ipſo mandato, quod ad amuſſim (teneri quippe de culpa leviſſima indubitatum videtur ex *l. 13. & 21. C. mand.*) obſervare, eáque facere debet, quæ ipſe dominus eſſet facturus, *arg. l. 35. §. 3. ff. h. t.* Conferantur huc dicta *de Mandat. num. 5.* quibus addimus, quòd, eſto teneatur, ſi ſententiam adverſam tulerit, appellationem interponere, ſeu appellare, vel ſaltem domino denunciare, ut ipſe, ſi velit, appellare poſſit, *arg. l. 17. C. h. t.* cùm interpoſitio appellationis ſit de connexis primæ Inſtantiæ, hoc ipſo, quòd fiat coram eodem Judice; non tamen ex veriori ſententia obſtringatur ad appellationem coram Judice ſecundæ Inſtantiæ proſequendam, *arg. d. l. 17. C. h. t.* cui opinioni favet manifeſta deciſio Pontificis in *c. pen. eod.* in verbis: *licèt appellationem proſequi non teneretur invitus;* quippe finitâ inſtantiâ, finitur litis dominium, ſi modò illud Procurator abdicare voluerit, *l. 9. C. de appell.* conſequenter unà

cum

Digitized by Google

cum dominio ceſſabit obligatio, cùm ſufficiat amico in paucis conſuluiſſe, *l. 20. C. de negot. geſt.* Limita, ſi Procurator appellationem interpoſitam proſequi jam cœperit, de quo caſu intelligenda, *l. 2. ff. an per alium cauſ. appell.* vel, ſi ſit Procurator generalis datus ad omnes lites, aut in rem ſuam, *arg. l. 8. §. 8. ff. mand.* Num ſaltem teneatur ſuum Principalem in reconventione defendere? Tenetur ſaltem regulariter, *l. 33. §. 4. ff. b. t.* quia reconventio eſt connexa cum cauſa conventionis, *l. 22. ff. de jud.* Neque Reus Procuratori reſpondere cogitur, niſi Procurator defenſionem ſui Principalis ſuſcipiat, *l. 5. C. b. t.* Quibus non refragatur, *l. 17. C. eod.* ubi generaliter dicitur, Procuratorem *defenſionem abſentis ſubire non compelli, cùm fidem ſuſceptam implere ſufficiat.* Nam hoc intelligi debet de nova conventione, non de ea, quæ in cauſa conventionis fuit oppoſita, veluti colligitur ex allegata ratione, quòd fidem ſuſceptam implere ſufficiat. Limita, ſi ſit Procurator in rem ſuam, iſque voluntarius, non neceſſarius, fortè, quòd nomen in ſolutum accipere coactus fuerit, *d. l. 33. §. ult. l. 34. l. 7. ff. b. t. Laud. Magnif. P. Schmier ubi ſupra num. 370.* Cæterùm, prout ea, quæ à falſo Procuratore geſta ſunt, nullius ſunt roboris, *l. 27. pr. ff. l. 24. C. b. t.* ita non adeò planum eſt, utrùm, ſi dominus ea approbaverit, convaleſcant? Et quomodo? Convaleſcere, ſi ratihabitio, durante adhuc judicio, ſupervenerit, ſatis dilucidatur, tum ex *l. 56. ff. de jud.* tum ex vulgata regula, quòd ratihabitio mandato æquiparetur, *l. 16. §. 1. ff. de pign. & l. 60. ff. de R. J.* Si verò, latâ ſententiâ, ratihabitio accedat, fruſtra in ea valorem quemdam quæſiêris, cùm, quod ab initio vitioſum eſt, tractu temporis convaleſcere non poſſit, *arg. l. 29. & pen. ff. de R. J.* Accedit, quòd jus nullitatis Adverſario quæſitum eidem invito auferri non poſſit, *arg. l. 11. & 27. ff. d. t.* Quid, ſi contra falſum Procuratorem lata ſit, & Principalis eam approbet? Nihilominus manebit nulla, quia, quod favore publico introductum eſt, pactis privatorum non poſſe mutari, certa regula eſt ex *l. 38. de pact. arg. d. l. 27. ff. de R. J.* Quamvis extra dubium ſit, poſſe Principalem per ratihabitionem ſibi præjudicare, *arg. l. 3. §. 1. rat. rem hab. & l. pen. C. de pact. vid. Zoëſ. b. t. n. 17. Fachin. lib. 8. contr. c. 61.* Satis de Effectu.

Contraria expoſcis: Sunt ea, quibus officium Procuratoris exſpirat. Exſpirat autem (I.) Mutuo conſenſu, *arg. §. fin. quib. mod. toll. obl.* niſi lis jam fuerit conteſtata, ibi enim, cùm inter litigantes jam ſit quaſi contractum *l. 3. §. 11. ff. de pecul.* opus eſt vel cauſæ cognitione, *arg. c. 13. b. t.* vel conſenſu Adverſarii, *arg. l. 5. C. de O. & A.* Nec non (II.) *Revocatione*, vel Expreſſa, vel Tacita, veluti, ſi alteri poſt inter- 9

val-

Digitized by Google

vallum negotium demandet, *vid. l. 31. §. fin. & l. 32. ff. h. t.* ſub data tamen priùs limitatione, *vid. l. 17. & ſeqq. ff. h. t.* (a) Idem dicendum (III.) de *Renunciatione*, quæ itidem poſt litem conteſtatam ſine cauſa juſta, fortè valetudinis, neceſſariæ peregrinationis &c. quæ videri poſſunt in *l. 8. §. fin. & ll. ſeqq. ff. eod.* pariter non eſt admittenda *dd. texx.* jungantur, quæ habet *D. D. Franz p. m. h. t. num. 57.* quæ tamen non noſtra facimus. Idem ſenties (IV.) de *Morte*, tum ipſius *Principalis*, uti videre eſt in *l. 15. in pr. ff. l. 23. C. h.* Etſi in praxi (de qua vid. *Stryck. h. t. §. 4. Gayl. 1. obſ. 109. num. 6.*) ſoleat reaſſumi proceſſus, & conſequenter etiam mandatum renovari; tum ipſius *Procuratoris*, *l. 27. §. 3. l. 57. ff. mand.* non tam, quia eſt electa perſonæ induſtria, ùt paſſim volunt, ſed potiùs, quia negotium incideret in perſonam, cujus induſtria non potuit prævideri: juxta dicta de *Mand. num. ult.*

TI-

(a) Mirandum, quòd Vo. *ff. h. t. num. 23.* tam liberè, & veluti de plano ſcribat, & venditet, in quacunque judicii parte poſſe etiam invito Adverſario Procuratorem revocari; ex ratione, ùt ait, quia ſicut poteſt ſine ejus conſenſu conſtitui, ita & removeri *arg. §. 1. Inſt. h.* Sed quàm debilis ſit hæc ratio, nemo non videt, cui notum eſt illud, quòd, quæ priùs ſunt voluntatis, ſiant ex poſt facto neceſſitatis *l. 5. C. de O. & A.* Nónne Procurator per litis conteſtationem ſit litis dominus. *l. 22. & 23. C. h. t.* & cum Adverſario quaſi contrahit (ſiquidem quaſi contractus eſt fundamentum hujus dominii, & quòd actio directa judicati detur ipſi procuratori, & contra illum) *l. 3. §. 11. ff. de pecul.* & quidem ita, ut ſiat quædam delegatio, quatenus ipſe Procurator ſubintrat in locum principalis *l. 11. §. un. ff. de novat.*? Ita ipſe Voët. *loc. cit. n. 19.* An poſſunt litigantes ipſi, ſi litem ſint conteſtati, alterutro invito recedere? Nemo dixerit: Ita neque Procuratores, qui per quaſi contractum & delegationem facti ſunt litis domini. Accedit, quod multum intereſt, hunc vel illum habere in lite Adverſarium *arg. l. 64. ff. h. t.* Hinc etiam eſt, quòd diſpliceant, quæ tradit *D. D. Franz p. m. d. t. num. 57.* poſſe nimirum Procuratorem renunciare etiam invito Adverſario; erubeſcit quippe Clariſſ. Author ſine lege loqui, nulláque, ùt ait, ſit Adverſario injuria. Verùm cauſam erubeſcendi non video, ſi placuerit in ſubſidium vocare textus in priori membro circa revocationem Procuratoris mox adductos, qui etiam ad hanc quæſtionem optimè quadrant; Siquidem litis conteſtatio non eſt tam negotium inter mandantem & mandatarium, qui aliunde tenentur ex mandato, quàm etiam inter ipſos litigantes, qui ſe obligant ad litem proſequendam, & ſententiam expectandam; litigans autem eſt ipſe Procurator, qui ſit litis dominus. Sicut igitur lite jam conteſtata neque Principalis, neque Procurator poteſt altero invito ſine juſta cauſa à jure approbata recedere, ita nec unus nec alter poterit ſine conſenſu Adverſarii obligatione per litis conteſtationem inducta exonerari. Reponit quidem *memor. Vir. Conſultiſſ.* quaſi contractum non intervenire inter Procuratorem, ſed inter Principalem, & Adverſarium, idcirco actionem judicati non contra Procuratorem, ſed contra Principalem competere. At ſi hoc, quomodo Procurator ſiet litis dominus? vel quo medio continget delega-

Digitized by Google

TITULUS XI.

De Satisdationibus.

VAnus eſſet inſtituendarum Actionum conatus, vaniórque victoriæ ſpes, ſi circa ea, quæ in judicio acta fuerunt, non eluceret ſecuritas, hinc optima ratione proviſum fuit, ut litigantes, ſive per ſe, ſive per alios cauſas judiciales tractare intenderint, Adverſarium ſuum de iis, quæ præſtanda emerſerint, ſecurum faciant; unde meritò prioribus titulis Satisdatio ſubnectitur. Fuit autem Satisdatio à nobis *lib. 1. tit. 24. num. 1.* in genere definita, quòd ſit *Actus, quo alterum de re aliqua ſecurum reddimus*, ibíque ſimul præoccupata Diviſio *in Satisdationem in ſpecie*, quæ fit datis fidejuſſoribus, & *Cautionem*, eámque vel *Simplicem*, quæ præſtatur nudis verbis, vel *Pignoratitiam*, quæ fit datis pignoribûs, vel *Juratoriam*, quæ præſtitô juramentô abſolvitur. At, quænam ex his præſtantior? Regulariter fidejuſſoria; Nam, ſi verbalis ſit, aut juratoria, tantùm obligat perſonam promittentis, ejúsque hæredes; ſi pignoratitia, poſſunt pignora aut perire, aut evinci: Fidejuſſoria econtrà obligat ſimul fidejuſſores, eorùmque hæredes; ac utraque augeri poteſt cum obligatione principali, adeóque non tam facilè perire, aut fieri eluſoria; ſecundùm ibidem dicta *num. 4.* Dixi: *Regulariter:* Nec enim implicabit, fingere caſus, ubi cautio pignoratitia ſecuriorem reddet; præſertim, dum obligatio non vagatur in incerto, pignus econtrà, quod fortè debitum multoties excedit, periculo interitûs non eſt facilè obnoxium: hinc, cum fidejuſſoria æquiparatur in *l. 1. §. 9. ff. de* 1

gatio, de qua in *l. 11. §. un. de novat.* fit mentio? Imò quomodò ſalvabit Author, quæ habet *cit. tit. num. 37.* Ait ibi: „Litis conteſtatione Procurator fit litis, hoc „eſt controverſiæ, ſeu actionis dominus. „ --- Paulo pòſt: „Actionis hujus, ſeu „controverſiæ dominium Principalis per litis conteſtationem amittit, illúdque Pro„curator acquirit, cùm per litis conteſtationem quaſi contrahatur, & actio intentata „novetur; hinc perſona domini quoad decurſum judicii in conſiderationem non venit „ampliùs, & Procuratori (ſaltem ſubtilitate juris) directa rei judicatæ actio competit, „ſicut adverſùm eundem (licèt tantùm inefficaciter) datur *l. 27. & ſeq. ff. h. t. l. 4. pr.* „*ff. de re jud.* Hæc ipſe Author. „ Si ita eſt (& non eſt aliter) ipſe Procurator quà dominus in lite eſt adeóque ſicut ipſe Principalis non poteſt recedere, ita neque exonerare Procuratorem. Quomodo aliter iſta ſibi cohæreant, non decet contra meum quondam Profeſſorem omni ætate venerandum judicare: Licebit nihilominus ingenuè fateri, me nunquam juráſſe in verba Magiſtri. Urgebis, quid ſi Adverſarius nunquam vellet conſentire? In cauſis enumeratis in *l. 8. & ſeqq.* nec non in *l. 17. §. fin. & ſeqq.* aliíſque juſtis debet conſentire, quia qui authoritate legis utitur, nemini facit injuriam; nec alter poteſt juris diſpoſitioni retractari.

Digitized by Google

collat. jungatur *l. 2. §. 3. ff. quod leg.* Rogas ulteriùs, quænam ergo in ſingulis negotiis requiratur? Cape diſtinctim. Quoties jura *Satisdationem* exigunt, dandi ſunt fidejuſſores, nec ſufficiunt pignora, *l. 1. ff. qui ſatisd. cog. ſeu h. t.* Quando verò *Idoneam Cautionem* imponunt, dari debent vel fidejuſſores, vel pignora, *l. 4. §. 8. ff. fideicommiſſ. libert. arg. l. 59. §. fin. ff. mand.* Si autem *Nudæ Cautionis*, non additâ clauſulâ *idoneæ*, mentionem faciant, ſufficit nuda promiſſio, *l. 3. C. de verb. & rer. ſignif.* Porrò, cùm ex dictis patulum fiat, opus eſſe quandoque ex diſpoſitione juris cautione, hinc præter diviſiones, de quibus hactenus.

Alia eſt inſuper Neceſſaria, ſeu Legalis, Alia Voluntaria, ſive Conventionalis. *Hæc*, quæ præſtatur ex libera partium voluntate, ſeu conventione, obtinétque plerumque in contractibus. *Illa*, quæ à lege, ſeu Edicto Prætoris injungitur, *l. 7. §. 1. l. 8. §. 4. ff. h. t.* Huc ſpectat (I.) Cautio *Judicatum ſolvi:* qua Actor ſecurus redditur de facienda ſolutione illius, ad quod Reus fuerit condemnatus: Imò *tres clauſulas* (ùt ait Ulpianus *in l. 6. ff. jud. ſolv.) in unum collectas habet ſtipulatio judicatum ſolvi, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo.* (II.) *De judicio ſiſti*, qua quis cavet, ſe velle usque ad finem litis, latámque ſententiam in judicio permanere, *§. 2. h. t.* Differunt inter ſe notabiliter, non tantùm in eó, quòd Iſta morte rei evaneſcat, *l. 4. ff. h. t.* non item Illa, cùm ſolutio etiam poſt mortem fieri, non autem mortuus ſiſti poſſit, *arg. l. 1. C. de fidejuſſ. & mand.* ſed etiam, quòd Poſterior fidejuſſorem poſt ſententiam non ampliùs ſtringat, benè verò Prior, quæ ad ſolutionem tendit, & huc reſpexiſſe videtur Ulpianus in *l. 3. §. 8. jud. ſolv. Voët. ff. h. num. 11.* (a) (III.) Cautio de Rato, quam præſtat Procurator obſcuro, vel defenſor nullo mandato inſtructus, datísque fidejuſſoribus promittit, Principalem ſuum omnia, quæ ipſe (Procurator, vel Defenſor) geret, ratihabiturum, ſeu approbaturum, *§. 3. h.* Pluresſpecies, puta: Rem pupilli ſalvam fore: de legatis præſtandis: de utendo boni viri arbitratu, occurrerunt ſuis locis, & videri poſſunt apud *D. D. Franz h. num. 2.* Tu interim

2 Sciſcitaberis, quo jure Satisdationes introductæ ſint? Quidam Prætorium laudant: Sed rectiùs cum *Habnio ad Weſemb. ff. h. t. num. 3.*

Lex

(a) Obſtat *l. 13. verſ. Proinde. ff. d. t.* ubi non videtur commiſſa ſtipulatio, niſi lis fuerit conteſtata, de qua tamen in *d. l. 3. § 8.* (quæ generalis eſt) nihil habetur. Explica t Committitur ſtipulatio etiam, quando ante litem conteſtatam ſuper cauſa principali Reus diſceſſit; *d. l. 3. §. 8.* In *d. l. 13.* autem non agitur de litis conteſtatione circa ipſam cauſam principalem, ſed circa ſtipulationem, qua ſatisdatio fuit interpoſita, adeóque circa articulum incidentem; ibi: *niſi ex ſtipulatione lis fuerit conteſtata.* vid. latiùs, licèt ſubobſcuriùs *Bachov. ad pr. h. t. num. 3.*

Lex, SCtum, aliúdve jus vim legis habens (ùt *Cauſa Efficiens Remota*) ſtatuitur *arg. §. 2. de uſufr.* & *l. 2. §. 1. de uſufruct. ear. rer.* ita tamen, ut non excludatur jus Prætorium, quod introductas non tantùm paſſim approbavit, & exinde actionem dedit, *princ. Inſt. h. l. 2. §. fin. ff. eod.* ſed etiam unam vel alteram introduxit, *arg. l. 5. ff. de hæred. petit.* & *l. 33. §. 3. ff. de Procurat.* Cautionem verò (ùt *Cauſa Efficiens Proxima*) præſtant litigantes ſibi invicem, quo ſenſu & quatenus cautionem ab alio recipiunt, dici etiam poſſunt *Subjectum Cui.* Hìc autem ſeparandum jus vetus à jure novo: & hoc à noviſſimo, ſeu hodierno. *Jure veteri* *ACTOR*, ſive Actio fuerit realis, ſive perſonalis, non cavebat, benè verò ejus PROCURATOR, cui cautio *Rem ratam haberi* (ſuppone, ſi mandatum obſcurum, vel tantùm præſumptum habuerit, *arg. l. 3. §. 2. ff. ut in poſſ. legat. l. 1. C. de Procurat. vid. Vinn. h. ad princ. num. 1.*) injungebatur *pr.* & *§. 1. h. t.* REUS actione reali, non item perſonali, conventus ſatisdare tenebatur *Judicatum ſolvi. d. pr.* & *§. 1. h.* Cur tam variè? quia in actione perſonali, uti diſcurrit *Schamb. ad §. 1. h.* ipſa perſona nominatim, & principaliter obligata eſt, conſequenter, ſi eam Actor in judicio præſentem habuit, jam habuit id, in quo principaliter conſiſtebat obligatio: In actione verò reali magis ſpectatur res, quæ petitur, quàm perſona, quæ tantùm ex hypotheſi, quòd rem poſſideat, & quamdiu poſſidet, tenetur; unde, ne contingeret in præjudicium Actoris, rem alienari, vel deſtrui, exigebatur à Reo cautio *judicatum ſolvi.* PROCURATOR ſive fuerit conventus actione reali, ſive perſonali *omni modo* ſatisdare cogebatur, *d. pr.* & *§. 1. h.* Ratio in *cit. §. 1.* redditur: *quia nemo defenſor in aliena re ſine ſatisdatione idoneus creditur.* Id, quod obſervatum colliges, eſto Procurator mandatò certò fuerit inſtructus. Rationem, arbitratur, fuiſſe, Vinn. *h. ad d. §. 1.* quia ſuſceptio judicii quædam ſpecies delegationis eſt, *l. 11. §. 1 ff. de nov.* facítque, ut ſubtilitate juris Reus liberatus videatur: unde meritò, qui in illius locum ſuccedit, litíſque dominus efficitur, hac cautione fuerit onerandus, ne invito Actori alius Reus ſubjiciatur. *Jure novo*, & quidem Inſtitutionum nil conſtat de cautione aliqua ab ACTORE per ſe agente præſtanda. *Jure* verò *Novellarum* tria cavere debet (I.) Quòd velit intra bimeſtre poſt oblatum libellum litem conteſtari, *nov. 96. c. 1.* & exinde deſumpta, *Auth. Libellum. C. de litis conteſt.* (II.) Quòd nolit fraudulenter litem deſerere, ſed usque ad ejus finem in judicio perſiſtere, *Auth. Generaliter de Epiſc.* & *Cler.* (III.) Quòd, ſi fuerit inventus injuſtus, ſeu temerarius litigator, velit expenſarum nomine decimam litis, ſeu quantitatis in libello expreſſæ, partem perſolvere,

Digitized by Google

nov. 112. cap. 2. ACTORIS PROCURATOR, ſi mandatum clarum habeat, non indiget ſatisdatione, ſed ipſe Principalis debebit illa tria cavere, *arg. §. 3. h. l. 65. ff. de Procurat. Schamb. ibid.* Dixi: *Clarum*, ſi enim mandatum obſcurum, ſeu dubioſum ſit (idem dicendum de Tutoribus, Curatoribus, aliiſque ejusmodi Adminiſtratoribus, ſi tales eſſe certò non conſtet, ita intellige *cit. §. 3. h.* ſecùs ſi conſtet, *l. 23. ff. d. adminiſt. & peric. tut.*) De *Rato*, cautionem præſtabit, *d. §. 1. h. l. 1. C. de Procurat.* Si verò omni mandato deſtitutus ſit, ad agendum non admittitur, eſto de rato cavere paratus ſit, *c. 1. d. t. l. 24. C. eod.* quia lites ſuſcitare odioſum eſt. Limitatur, ſi ſit perſona conjuncta, & de rato cavere velit, *l. 35. princ. ff. l. 21. C. eod.* Nos *tit. priori num. 3.* Vel etiam, ſi ſit conſors litis, *l. 2. C. de conſort. ejusd. lit. Schamb. ad cit. §. 3. h.* REUS nomine proprio conventus, non ampliùs cavet de judicatum ſolvendo, ſed tantùm de judicio ſiſti, & hoc quidem pro qualitate ſuæ perſonæ, vel nuda promiſſione, vel juratô, vel per fidejuſſores, *§. 2. h.* PROCURATOR REI, SEU DEFENSOR rurſus ipſe non cavet; ſed Principalis, ſi præſens ſit, cavere obſtringitur de judicatum ſolvendo, *§. 4. h.* (a) Si autem Principalis ſit abſens, debet Procurator cavere de ſolvenda litis æſtimatione, quo caſu Procurator ad defenſionem admittendus eſt, quamvis mandatum non producat, neque ſit perſona conjuncta, *§. 5. h. t.* cùm defenſio actione ſit favorabilior, publicáque utilitas exigat, *abſentes à quibuscunque defendi*, veluti monet Ulpianus in *l. 33. §. 2. ff. de Procurat.* Sed cur debebit cavere judicatum ſolvi, nec ſufficiet cautio de rato, uti ſufficit in Procuratore Actoris, in iis caſibus, in quibus ſine mandato, vel cum mandato obſcuro admittitur? Ideo, quia reo convento, utpote, cùm ab Actore nihil petat, ſufficit, ſi dominus ratihabeat, quod Procurator geſſit, quoniam, ſuppoſitô, quòd ſit abſolutus, ampliùs, præſtita ratihabitione, conveniri non poteſt, & ſi conveniatur, fortè, quòd Principalis non ratihabuerit, debebit Procurator vel fidejuſſor eum defendere, *vid. l. pen. ff. de re jud.* Econtrà Actori non ſufficit, ſi Principalis ratihabeat, quod Procurator geſſit; nam, ſuppoſitâ victoriâ, contra defenſorem obtentâ, vult

(a) Hic ſubſiſtes? Quomodo (inquies) Principalis fidejubere poterit pro ſuo Procuratore ſeu Defenſore, qui tamen non obligatur, ſed ſolùm ipſe Principalis obſtringitur; hinc, ùt videtur, potius pro ſe ipſo fidejubebit, quod tamen implicat? Eſt tantùm quaſi fidejuſſor. Deinde Procurator tenetur (ſubtilitate Juris) ex judicato, cùm in illum feratur ſententia: Fit inſuper ex eo debitor, quod debeat promittere judicatum ſolvi, conſequenter poterit dare ipſum principalem fidejuſſorem ſicut alium extraneum. *Bach. h. ad §. 4. num. 1.* Accedit, quòd duplex videatur ſubeſſe cautio, quam Principalis præſtat, una pro ſe, altera pro ſuo Procuratore, hoc ipſo, quòd duplex ſubſit obligatio. *arg. l. 11. §. un. ff. de novat. l. 13. ff. de ſolut.*

Google

vult ſimul, ut ſibi præſtetur ſolutio. Conſulat. *l. 76. ff. de Procur. D. D. Franz h. t. num. 11. Jure noviſſimo*, ſeu moderno rarior eſt cautionum uſus, niſi fortè aliquis nulla in loco, ubi lis vertitur, bona immobilia poſſideat, veluti teſtantur *Hopp. h. Stryck. U. M. P. eod.* & alii Pragmatici paſſim, atque ſuo tempore Magiſter uſus, qui vix non ubique variat, docebit *§. pen. h.*

Porrò, veluti non repetimus, quomodo, & quando admittatur Cautio in Criminalibus (in Civilibus enim vix dabitur exceptio) ſed nos ad *tit. de Fidejuſſ. num. 4.* remittimus, ita videndum erit, quomodò Cautiones judiciales, de quibus nobis ſermo, fieri debeant: Num videlicet per fidejuſſores, vel pignora; num verò mediante jurejurando, aut nudis verbis? Sit tibi pro Regula; Cautiones judiciales fieri debere per fidejuſſores idoneos, id eſt, locupletes, & omninò (quod tamen quoad perſonas conjunctas moderatur Ulpianus in *l. 2. §. 2. junct. §. 4. ff. b. t.*) facultatibus inſtructos, neque privilegio fori, utpote qui difficilis ſunt conventionis, munitos, vid. *l. 2. pr. l. 7. princ. ff. b. t.* junctâ notabiliter *l. 7. ff. de ſtipulat. Prætor. Hopp. h. ad pr.* Qui autem minùs idoneos acceperit (ſecùs, ſi tales poſtea fiant) imputabit ſuæ facilitati, quò facit etiam Paulus in *l. 10. §. 1. ff. b. t.* Quòd, ſi fidejuſſores non inveniat, vel pignora (arbitrio Judicis determinanda, *arg. l. 1. §. 9. ff. de collat.*) dare nequeat, nec ulla ſpes inveniendi ſuperſit, præſtitô deſuper juramentô admittenda erit Cautio juratoria, *nov. 112. c. 2. in princ. nov. 134. cap. 9.* modò litigans ſit perſona honeſta, aliàs fide digna, nec de fuga ſuſpecta, *vid. Gail. 2. obſ. 47. num. 8. & ſeq.* Quid igitur, ſi agere cupiens non adeò ſit bonæ famæ, cauſam tamen veroſimilem habeat, an non erit audiendus? Sanè iniquum foret, illum ex defectu omnis cautionis à judicio repellere: Audiatur itaque, & interim pro ſecuritate detineatur. *Brnneman. Proceſſ. Civil. c. 8. num. 14.* Limitatur (I.) data ſuperiùs regula, ſi litigans ſit Perſona Illuſtris, *l. pen. C. de Dignit.* vel (II.) Spectabilis, *l. 12. pr. C. de proxim. ſacrorum ſcrinior.* qui, præſtito jurejurando, cavent, aut (III.) Clericus, cujus reſpectu ſufficit, ſi ſimpliciter bona ſua obligaverit, vid. *l. 25. §. 1. l. 33. §. 3. C. de Epiſ. & Cler.* vel denique (IV.) ſi tempore cautionis præſtandæ (quod juxta *l. 15. §. fin. ff. h.* ſpectari debet) bona immobilia, vel æquivalentia ſub jurisdictione Judicis, ubi lis vertitur, vel ſaltem ejusdem Principis Territorialis (de quo tamen vid. *l. 7. §. 1. ff. b. t. Stryck. ibid. §. 9.*) habeat, quo caſu pariter ſimpliciter, & nudis verbis cavet, *d. l. 7. pr. l. 15. pr. ff. b. t.* obtinet enim in caſum ſuccumbentiæ executio in ejusdem bona. Dixi: *ſi habeat immobilia;* nec intereſt, utrùm dominium in iis plenum, vel minùs 3

 ple-

Digitized by Google

plenum, adeóque directum, vel utile; naturale, vel civile litiganti competat, *arg. d. l. 15. §. 1. & 3. eod.* Idem dicendum, ſi ad obtinendam rem immobilem actionem realem, putà rei vindicationem (ſecùs, ſi tantùm ad uſumfructum, *d. l. 15. §. 1. & 2.*) haberet, quia, qui actionem realem habet, ipſam rem habere videtur, *l. 143. ff. de V. S. l. 15. ff. de R. J. Lauterb. ff. b. 17.* Dixi: *Vel æquivalentia*, quò reducuntur reditus annui, qui percipiuntur ex rebus immobilibus: item res mobiles pretioſæ, non tam facilè aliò transferibiles, ùt merces in taberna, Bibliotheca, *cit. Lauterb. ubi ſupra §. 15.* Nec non ſortes mutuò datæ, vulgò Capitalien, wann ſelbe unauffündlich ſeynd. Hic tamen univerſim notandum, quoniam ſæpè Satisdationes differendæ litis cauſâ prætendi, experientia conſtat, poſſe Judicem ejusmodi exactiones, quas frivolas reputat, ex officio rejicere, *cit. Brunn. ubi ſuprà num. 12.* Caveat tamen Juris Præſes, ne hanc immunitatem quoad perſonas recenſitas ad alia cautionum genera, quàm de quibus hic ſermo, extendat. In aliis enim nulla dignitas, vel facultates excuſant, *arg. l. 1. §. 1. ff. ut leg. vel fideic. ſerv. cauſ. cav.*

4 Effectus Satisdationis generalis patebit conſideranti, quòd Satisdatio, ſeu Cautio fieri debeat jure noſtro mediante ſtipulatione, ex qua *Proximè* oritur obligatio ad id, quod promiſſum eſt, præſtandum, *Remotè* verò Actio ex ſtipulatu ad illud conſequendum, ùt ſuo loco didicimus. Effectus ſpecialis per ſe apparebit perpendenti cujuslibet cautionis naturam, quam præſefert, finémque, ad quem tendit. (a) Nos pergere monet

TITULUS XII.

De Perpetuis, & Temporalibus Actionibus, & quæ ad hæredes, & in hæredes tranſeunt.

1 PAſſim quidem audivimus in diſcurſu, alias Actiones eſſe perpetuas, alias temporales; alias tranſire ad-vel in hæredes, adeóque morte non extingui; alias non tranſire, adeóque extingui; Generales tamen regulæ, unde ratio dari poſſit, adhuc deſiderantur. Dabimus

(a) Num cautio in prima Inſtantia & in ſecunda perduret? Diſtinctione opus eſt: Si Reus fuit in prima condemnatus, & ſententia in ſecunda confirmata, durat, quia actio judicati non tam ex ſecunda, quàm prima ſententia deſcendere videtur, hoc ipſo

Digitized by Google

mus ſi priùs, quæ irregulares ſunt, perceperis; Sunt enim varia jura (quibus, utpotè directè non huc ſpectantibus, recenſendis facilè poſſemus ſuperſedere) variæque actiones, quas temporales vocamus, nullâ certâ regulâ comprehenſibiles, dum earum aliquæ breviori, aliæ longiori tempore excluduntur. Quò ſpectat *Tit. Digeſtorum de diverſ. tempor. præſcript.* quæ nuncupantur præſcriptiones innominatæ.

Incipiemus itaque à brevioribus, & ita aſcendendo ad perpetuas 2
deveniemus, & quidem (I.) Momento quaſi præſcribitur juri, recuperandi poſſeſſionem vi amiſſam, quatenus non licet, niſi in continenti, vim vi repellere, *l. 17. ff. de vi & vi arm.* Item juri præventionis, *arg. c. 19. de foro compet.* juri contradicendi filiofamilias, mutuam pecuniam accipienti, patri competens, *l. 16. ff. ad SCtum Maced.* (II.) Horis 24. extinguitur jus retinendi adulterum in privato carcere marito, Patríque indultum in *l. 25. pr. ff. ad Leg. Jul. de Adult.* (III.) Uno die præſcribitur facultati, qua pollet Judex, ſententiam à ſe latam quoad acceſſoria, vel appertinentia ſupplendi, *l. 42. ff. de Re jud.* (IV.) Intra biduum, vel triduum olim extinguebatur jus appellandi, *l. 1. §. 5. ff. quand. appell.* (V.) Intra triduum exſpirat facultas corrigendi errorem ab Advocato commiſſum, *l. ult. C. de error. Advocat.* Item jus colligendæ glandis, *l. un. ff. de gland. leg.* (VI.) Decendio tollitur hodie jus appellandi, *nov. 23. c. 1.* (VII.) Intra quindecim dies opponenda eſt exceptio ſpolii, *c. 1. in pr. de reſt. ſpol. in 6.* (VIII.) Intra 30. dies, qui menſem conficiunt, *l. ult. §. 1. 2. & 11. C. de jur. delib.* opponenda eſt exceptio non num. pecun. contra apocham à creditore emiſſam, *l. 14. §. 2. C. de N. N. P.* Idem petendi ſunt Apoſtoli, *l. 24. C. de appellat.* Intra 50. dies exſpirat facultas ſe excuſandi à tutela, vel cura *§. 16. de excuſ. tut.* (IX.) Poſt 60. dies, qui duobus menſibus æquivalent, *l. 101. ff. de R. J.* ceſſat prærogativa emendi ab emphyteuta domino directo oblata, *l. ult. C. de jur. emphyt.* (X.) Spatiô trium menſium eſt inſtituenda electio Prælati ad Eccleſiam vacantem, *c. 41. de elect.* (XI.) In termino quatuor menſium facienda eſt præſentatio à Patrono Laico *cap. 3. & 27. de jur. patronat.* Sex menſes verò competunt Patrono Clericq. Hoc ipſum tempus (XII.) præſcriptum eſt Actioni redhibitoriæ, vid.

ca-

ipſo, quòd ſubſtantialiter nihil fuerit immutatum. Si verò in prima Inſtantia Reus ſit abſolutus, & in appellatorio contrà pronunciatum, ceſſat cautio *l. pen. ff. jud. ſolv.* Siquidem reo abſoluto, ſolvitur etiam obligatio fidejuſſoria, utpote acceſſoria, quæ ampliùs in ſecunda Inſtantia non reviviſcit, niſi in ſpecie ſe ſe obligaverit. *l. 3 pr ff. d. t.* Nec præſumitur Prætor, à cujus arbitrio in his cautionibus (voluntariis) interpretatio dependet, *l. 9. ff. de ſtipul. Prætor. l. 52. ff. de V. O.* alterius, ſed ſuum judicium ſecurum reddere.

Digitized by Google

tamen *l. 28. & 38. pr. ff. de ædilit. Ediƈt.* Secùs dicendum (XIII.) de Actione quantò minùs, quæ annô durat, *l. 19. §. ult. ff. d. t.* Quò etiam ſpectant (XIV.) pleræque Actiones prætoriæ pœnales, *pr. Inſt. h.* Bienniô autem (XV.) exſpirat exceptio non num. pec. in mutuo, *l. 14. princ. C. de N. N. P.* Intra triennium (XVI.) ſub pœna caducitatis, ſeu amiſſionis, ſolvendus eſt Canon in Emphyteuſi, *l. 2. C. de jur. Emphyt.* Item terminanda judicialis Inſtantia, *l. 13. §. 1. C. de jud.* Quadrienniô (XVII.) tollitur jus petendi reſtitutionem in integrum ex capite minorennitatis, *l. ult. C. de temp in integ. reſt.* Quinquenniô (XVIII.) durat querela tum inofficioſi teſtamenti, tum inofficioſæ donationis, *l. 34. in fin. C. de inoff. teſtam. l. u t. C. de inoff. donat.* Reliquæ præſcriptiones regulares, ſive ordinariæ 10. vel 20. ſive extraordinariæ 30. vel 40. annor petendæ ſunt *ex tit. de uſuc. & long. temp. præſc.* His extra regulas præmiſsis, quoad utramque Rubricæ partem compendioſè æquè, ac induſtrioſè tibi ſatisfaciet annexa Tabula, cujus Authorem, paucis à nobis (inventis quippe facilè eſt addere) litteris minuſculis ſuperadditis, laudamus *Perilluſt. D. D. de Herz*, hoc unicum notantes, Actiones perpetuas non dici, ac ſi (quod erat olim *princ. Inſt. h.*) in æternum durarent, ſed juridicè quoad tempus 30. vel 40. annorum, *arg. l. 3. & 4. C. de præſc. 30. vel 40. annor. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Adeò, ut, quamvis Actionum æternitas (ſume indefinitè) ſublata ſit, nomen tamen permanſerit, *arg. l. 7. §. fin. ff. quod cujuscunque univ. nom.* Quæ breviùs durant, vocantur temporales.

TITULUS XIII.

De Exceptionibus.

Actionibus non tantùm contrariantur tempus, & quandoque mors, aliíque modi, quibus Actiones ipſo jure perimuntur, uti hactenùs, & ſupra *l. 3. tit. ult.* vidimus, ſed etiam exceptiones, quibus Reus, velut ſcutis Actoris tela (Actiones nempe quandoque ſummo jure competentes) elidit, ſiquidem *Exceptiones defendendorum Reorum gratiâ comparatæ ſunt*, inquit Tribonianus *h. in pr.*

Exceptiones autem, quæ etiam nomine præſcriptionis veniunt, *l. pen. ff. h. t. vid. Huber. h. num. 1. verſ. nomen exceptionis*, appellantur à Veterum judicii formula, quæ Judicibus pedaneis præſcribebatur per verbum *niſi*, *ſi &c.* tanquam particulas exceptivas, *arg. l. 2. §. 1. & l. 4. §. 15.*

Digitized by Google

Digitized by Google

vallum negotium demandet, *vid. l. 31. §. fin. & l. 32. ff. h. t.* ſub data tamen priùs limitatione, *vid. l. 17. & ſeqq. ff. h. t.* (a) Idem dicendum (III.) de *Renunciatione*, quæ itidem poſt litem conteſtatam ſine cauſa juſta, fortè valetudinis, neceſſariæ peregrinationis &c. quæ videri poſſunt in *l. 8. §. fin. & ll. ſeqq. ff. eod.* pariter non eſt admittenda *dd. texx.* junguntur, quæ habet *D. D. Franz p. m. h. t. num. 57.* quæ tamen non noſtra facimus. Idem ſenties (IV.) de *Morte*, tum ipſius *Principalis*, uti videre eſt in *l. 15. in pr. ff. l. 23. C. h.* Etſi in praxi (de qua vid. *Stryck. h. t. §. 4. Gayl. 1. obſ. 109. num. 6.*) ſoleat reaſſumi proceſſus, & conſequenter etiam mandatum renovari; tum ipſius *Procuratoris*, *l. 27. §. 3. l. 57. ff. mand.* non tam, quia eſt electa perſonæ induſtria, ùt paſſim volunt, ſed potiùs, quia negotium incideret in perſonam, cujus induſtria non potuit prævideri: juxta dicta de *Mand. num. ult.*

TI-

(a) Mirandum, quòd Vo. *ff. h. t. num. 23.* tam liberè, & veluti de plano ſcribat, & venditet, in quacunque judicii parte poſſe etiam invito Adverſario Procuratorem revocari; ex ratione, ùt ait, quia ſicut poteſt ſine ejus conſenſu conſtitui, ita & removeri *arg. §. 1. Inſt. h.* Sed quàm debilis ſit hæc ratio, nemo non videt, cui notum eſt illud, quòd, quæ priùs ſunt voluntatis, ſiant ex poſt facto neceſſitatis *l. 5. C. de O. & A.* Nónne Procurator per litis conteſtationem ſit litis dominus. *l. 22. & 23. C. h. t.* & cum Adverſario quaſi contrahit (ſiquidem quaſi contractus eſt fundamentum hujus dominii, & quòd actio directa judicati detur ipſi procuratori, & contra illum) *l. 3. §. 11. ff. de pecul.* & quidem ita, ut fiat quædam delegatio, quatenus ipſe Procurator ſubintrat in locum principalis *l. 11. §. un. ff. de novat.*? Ita ipſe Voët. *loc. cit. n. 19.* An poſſunt litigantes ipſi, ſi litem ſint conteſtati, alterutro invito recedere? Nemo dixerit: Ita neque Procuratores, qui per quaſi contractum & delegationem facti ſunt litis domini. Accedit, quòd multum interſit, hunc vel illum habere in lite Adverſarium *arg. l. 64. ff. h. t.* Hinc etiam eſt, quòd diſpliceant, quæ tradit *D. D. Franz p. m. d. t. num. 57.* poſſe nimirum Procuratorem renunciare etiam invito Adverſario; erubeſcit quippe Clariſſ. Author ſine lege loqui, nulláque, ùt ait, fit Adverſario injuria. Verùm cauſam erubeſcendi non video, ſi placuerit in ſubſidium vocare textus in priori membro circa revocationem Procuratoris mox adductos, qui etiam ad hanc quæſtionem optimè quadrant; Siquidem litis conteſtatio non eſt tam negotium inter mandantem & mandatarium, qui aliunde tenentur ex mandato, quàm etiam inter ipſos litigantes, qui ſe obligant ad litem proſequendam, & ſententiam expectandam; litigans autem eſt ipſe Procurator, qui ſit litis dominus. Sicut igitur lite jam conteſtata neque Principalis, neque Procurator poteſt altero invito ſine juſta cauſa à jure approbata recedere, ita nec unus nec alter poterit ſine conſenſu Adverſarii obligatione per litis conteſtationem inducta exonerari. Reponit quidem *memor. Vir. Conſultiſſ.* quaſi contractum non intervenire inter Procuratorem, ſed inter Principalem, & Adverſarium, idcirco actionem judicati non contra Procuratorem, ſed contra Principalem competere. At ſi hoc, quomodo Procurator fiet litis dominus? vel quo medio continget dele-

ga-

TITULUS XI.

De Satisdationibus.

VAnus eſſet inſtituendarum Actionum conatus, vaniórque victoriæ ſpes, ſi circa ea, quæ in judicio acta fuerunt, non eluceret ſecuritas, hinc optima ratione proviſum fuit, ut litigantes, ſive per ſe, ſive per alios cauſas judiciales tractare intenderint, Adverſarium ſuum de iis, quæ præſtanda emerſerint, ſecurum faciant; unde meritò prioribus titulis Satisdatio ſubnectitur. Fuit autem Satisdatio à nobis *lib. 1. tit. 24. num. 1.* in genere definita, quòd ſit *Actus, quo alterum de re aliqua ſecurum reddimu.*, ibíque ſimul præoccupata Diviſio *in Satisdationem in ſpecie*, quæ fit datis fidejuſſoribus, & *Cautionem*, eámque vel *Simplicem*, quæ præſtatur nudîs verbîs, vel *Pignoratitiam*, quæ fit datîs pignoribûs, vel *Juratoriam*, quæ præſtitô juramentô abſolvitur. At, quænam ex his præſtantior? Regulariter fidejuſſoria; Nam, ſi verbalis ſit, aut juratoria, tantùm obligat perſonam promittentis, ejúsque hæredes; ſi pignoratitia, poſſunt pignora aut perire, aut evinci: Fidejuſſoria econtrà obligat ſimul fidejuſſores, eorùmque hæredes; ac utraque augeri poteſt cum obligatione principali, adeóque non tam facilè perire, aut fieri eluſoria; ſecundùm ibidem dicta *num. 4.* Dixi: *Regulariter:* Nec enim implicabit, fingere caſus, ubi cautio pignoratitia ſecuriorem reddet; præſertim, dum obligatio non vagatur in incerto, pignus econtrà, quod fortè debitum multoties excedit, periculo interitûs non eſt facilè obnoxium: hinc, cum fidejuſſoria æquiparatur in *l. 1. §. 9. ff. de* 1

Qqq col-

gatio, de qua in *l. 11. §. un. de novat.* fit mentio? Imò quomodò ſalvabit Author, quæ habet *cit. tit. num. 37.* Ait ibi: „Litis conteſtatione Procurator fit litis, hoc „eſt controverſiæ, ſeu actionis dominus. „ --- Paulo pòſt: „Actionis hujus, ſeu „controverſiæ dominium Principalis per litis conteſtationem amittit, illúdque Pro„curator acquirit, cùm per litis conteſtationem quaſi contrahatur, & actio intentata „novetur; hinc perſona domini quoad decurſum judicii in conſiderationem non venit „ampliùs, & Procuratori (ſaltem ſubtilitate juris) directa rei judicatæ actio competit, „ſicut adversùm eundem (licèt tantùm inefficaciter) datur *l. 27. & ſeq. ff. h. t. l. 4. pr.* „*ff. de re jud.* Hæc ipſe Author.„ Si ita eſt (& non eſt aliter) ipſe Procurator quà dominus in lite eſt adeóque ſicut ipſe Principalis non poteſt recedere, ita neque exonerare Procuratorem. Quomodo aliter iſta ſibi cohæreant, non decet contra meum quondam Profeſſorem omni ætate venerandum judicare: Licebit nihilominus ingenuè fateri, me nunquam juráſſe in verba Magiſtri. Urgebis, quid ſi Adverſarius nunquam vellet conſentire? In cauſis enumeratis in *l. 8. & ſeqq.* nec non in *l. 17. §. fin. & ſeqq.* aliísque juſtis debet conſentire, quia qui authoritate legis utitur, nemini facit injuriam; nec alter poteſt juris diſpoſitioni retractari.

Digitized by Google

collat. jungatur *l. 2. §. 3. ff. quod leg.* Rogas ulteriùs, quænam ergo in ſingulis negotiis requiratur? Cape diſtinctim. Quoties jura *Satisdationem* exigunt, dandi ſunt fidejuſſores, nec ſufficiunt pignora, *l. 1. ff. qui ſatisd. cog. ſeu b. t.* Quando verò *Idoneam Cautionem* imponunt, dari debent vel fidejuſſores, vel pignora, *l. 4. §. 8. ff. fideicommiſſ. libert. arg. l. 59. §. fin. ff. mand.* Si autem *Nudæ Cautionis*, non additâ clauſulâ *idoneæ*, mentionem faciant, ſufficit nuda promiſſio, *l. 3. C. de verb. & rer. ſignif.* Porrò, cùm ex dictis patulum fiat, opus eſſe quandoque ex diſpoſitione juris cautione, hinc præter diviſiones, de quibus hactenus.

Alia eſt inſuper Neceſſaria, ſeu Legalis, Alia Voluntaria, ſive Conventionalis. *Hæc*, quæ præſtatur ex libera partium voluntate, ſeu conventione, obtinétque plerumque in contractibus. *Illa*, quæ à lege, ſeu Edicto Prætoris injungitur, *l. 7. §. 1. l. 8. §. 4. ff. b. t.* Huc ſpectat (I.) Cautio *Judicatum ſolvi:* qua Actor ſecurus redditur de facienda ſolutione illius, ad quod Reus fuerit condemnatus: Imò *tres clauſulas* (ùt ait Ulpianus *in l. 6. ff. jud. ſolv.*) *in unum collectas babet ſtipulatio judicatum ſolvi, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo.* (II.) *De judicio ſiſti*, qua quis cavet, ſe velle usque ad finem litis, latámque ſententiam in judicio permanere, *§. 2. b. t.* Differunt inter ſe notabiliter, non tantùm in eò, quòd Iſta morte rei evaneſcat, *l. 4. ff. b. t.* non item Illa, cùm ſolutio etiam poſt mortem fieri, non autem mortuus ſiſti poſſit, *arg. l. 1. C. de fidejuſſ. & mand.* ſed etiam, quòd Poſterior fidejuſſorem poſt ſententiam non ampliùs ſtringat, benè verò Prior, quæ ad ſolutionem tendit, & huc reſpexiſſe videtur Ulpianus in *l. 3. §. 8. jud. ſolv. Voët. ff. b. num. 11.* (a) (III.) Cautio de Rato, quam præſtat Procurator obſcuro, vel defenſor nullo mandato inſtructus, datisque fidejuſſoribus promittit, Principalem ſuum omnia, quæ ipſe (Procurator, vel Defenſor) geret, ratihabiturum, ſeu approbaturum, *§. 3. b.* Plures ſpecies, puta: Rem pupilli ſalvam fore: de legatis præſtandis: de utendò boni viri arbitratu, occurrerunt ſuis locis, & videri poſſunt apud *D. D. Franz b. num. 2.* Tu interim

2 Sciſcitaberis, quo jure Satisdationes introductæ ſint? Quidam Prætorium laudant: Sed rectiùs cum *Habnio ad Weſemb. ff. b. t. num. 3.*

Lex

(a) Obſtat *l. 13. verſ. Proinde. ff. d. t.* ubi non videtur commiſſa ſtipulatio, niſi lis fuerit conteſtata, de qua tamen in *d. l. 3. § 8.* (quæ generalis eſt) nihil habetur. Explica: Committitur ſtipulatio etiam, quando ante litem conteſtatam ſuper cauſa principali Reus diſceſſit; *d. l. 3. §. 8.* In *d. l. 13.* autem non agitur de litis conteſtatione circa ipſam cauſam principalem, ſed circa ſtipulationem, qua ſatisdatio fuit interpoſita, adeóque circa articulum incidentem; ibi: *niſi ex ſtipulatione lis fuerit conteſtata.* vid. latiùs; licèt ſubobſcuriùs *Bachov. ad pr. b. t. num. 3.*

Digitized by Google

Lex, SCtum, aliúdve jus vim legis habens (ùt *Cauſa Efficiens Remota*) ſtatuitur *arg. §. 2. de uſufr. & l. 2. §. 1. de uſufruct. ear. rer.* ita tamen, ut non excludatur jus Prætorium, quod introductas non tantùm paſſim approbavit, & exinde actionem dedit, *princ. Inſt. h. l. 2. §. fin. ff. eod.* ſed etiam unam vel alteram introduxit, *arg. l. 5. ff. de hæred. petit. & l. 33. §. 3. ff. de Procurat.* Cautionem verò (ùt *Cauſa Efficiens Proxima*) præſtant litigantes ſibi invicem, quo ſenſu & quatenus cautionem ab alio recipiunt, dici etiam poſſunt *Subjectum Cui.* Hic autem ſeparandum jus vetus à jure novo: & hoc à noviſſimo, ſeu hodierno. *Jure veteri ACTOR*, ſive Actio fuerit realis, ſive perſonalis, non cavebat, benè verò ejus PROCURATOR, cui cautio *Rem ratam haberi* (ſuppone, ſi mandatum obſcurum, vel tantùm præſumptum habuerit, *arg. l. 3. §. 2. ff. ut in poſſ. legat. l. 1. C. de Procurat. vid. Vinn. h. ad princ. num. 1.*) injungebatur *pr. & §. 1. h. t.* REUS actione reali, non item perſonali, conventus ſatisdare tenebatur *Judicatum ſolvi. d. pr. & §. 1. h.* Cur tam variè? quia in actione perſonali, uti diſcurrit *Schamb. ad §. 1. h.* ipſa perſona nominatim, & principaliter obligata eſt, conſequenter, ſi eam Actor in judicio præſentem habuit, jam habuit id, in quo principaliter conſiſtebat obligatio: In actione verò reali magis ſpectatur res, quæ petitur, quàm perſona, quæ tantùm ex hypotheſi, quòd rem poſſideat, & quamdiu poſſidet, tenetur; unde, ne contingeret in præjudicium Actoris, rem alienari, vel deſtrui, exigebatur à Reo cautio *judicatum ſolvi.* PROCURATOR ſive fuerit conventus actione reali, ſive perſonali *omni modo* ſatisdare cogebatur, *d. pr. & §. 1. h.* Ratio in *cit. §. 1.* redditur: *quia nemo defenſor in aliena re ſine ſatisdatione idoneus creditur.* Id, quod obſervatum colliges, eſto Procurator mandatô certô fuerit inſtructus. Rationem, arbitratur, fuiſſe, Vinn. *h. ad d. §. 1.* quia ſuſceptio judicii quædam ſpecies delegationis eſt, *l. 11. §. 1. ff. de nov.* facitque, ut ſubtilitate juris Reus liberatus videatur: unde meritò, qui in illius locum ſuccedit, litiſque dominus efficitur, hac cautione fuerit onerandus, ne invito Actori alius Reus ſubjiciatur. *Jure novo*, & quidem Inſtitutionum nil conſtat de cautione aliqua ab ACTORE per ſe agente præſtanda. *Jure verò Novellarum* tria cavere debet (I.) Quòd velit intra bimeſtre poſt oblatum libellum litem conteſtari, *nov. 96. c. 1.* & exinde deſumpta, *Auth. Libellum. C. de litis conteſt.* (II.) Quòd nolit fraudulenter litem deſerere, ſed usque ad ejus finem in judicio perſiſtere, *Auth. Generaliter de Epiſc. & Cler.* (III.) Quòd, ſi fuerit inventus injuſtus, ſeu temerarius litigator, velit expenſarum nomine decimam litis, ſeu quantitatis in libello expreſſæ, partem perſolvere,

Digitized by Google

nov. 112. cap. 2. ACTORIS PROCURATOR, ſi mandatum clarum habeat, non indiget ſatisdatione, ſed ipſe Principalis debebit illa tria cavere, *arg. §. 3. h. l. 65. ff. de Procurat. Schamb. ibid.* Dixi: *Clarum*, ſi enim mandatum obſcurum, ſeu dubioſum ſit (idem dicendum de Tutoribus, Curatoribus, aliíſque ejusmodi Adminiſtratoribus, ſi tales eſſe certò non conſtet, ita intellige *cit. §. 3. h.* ſecùs ſi conſtet, *l. 23. ff. d. adminiſt. & peric. tut.*) De *Rato*, cautionem præſtabit, *d. §. 1. h. l. 1. C. de Procurat.* Si verò omni mandato deſtitutus ſit, ad agendum non admittitur, eſto de rato cavere paratus ſit, *c. 1. d. t. l. 24. C. eod.* quia lites ſuſcitare odioſum eſt. Limitatur, ſi ſit perſona conjuncta, & de rato cavere velit, *l. 35. princ. ff. l. 21. C. eod.* Nos *tit. priori num. 3.* Vel etiam, ſi ſit conſors litis, *l. 2. C. de conſort. ejusd. lit. Schamb. ad cit. §. 3. h.* REUS nomine proprio conventus, non ampliùs cavet de judicatum ſolvendo, ſed tantùm de judicio ſiſti, & hoc quidem pro qualitate ſuæ perſonæ, vel nuda promiſſione, vel juratô, vel per fidejuſſores, *§. 2. h.* PROCURATOR REI, SEU DEFENSOR rurſus ipſe non cavet; ſed Principalis, ſi præſens ſit, cavere obſtringitur de judicatum ſolvendo, *§. 4. h.* (a) Si autem Principalis ſit abſens, debet Procurator cavere de ſolvenda litis æſtimatione, quo caſu Procurator ad defenſionem admittendus eſt, quamvis mandatum non producat, neque ſit perſona conjuncta, *§. 5. h. t.* cùm defenſio actione ſit favorabilior, publicáque utilitas exigat, *abſentes à quibuscunque defendi*, veluti monet Ulpianus in *l. 33. §. 2. ff. de Procurat.* Sed cur debebit cavere judicatum ſolvi, nec ſufficiet cautio de rato, uti ſufficit in Procuratore Actoris, in iis caſibus, in quibus ſine mandato, vel cum mandato obſcuro admittitur? Ideo, quia reo convento, utpote, cùm ab Actore nihil petat, ſufficit, ſi dominus ratihabeat, quod Procurator geſſit, quoniam, ſuppoſitô, quòd ſit abſolutus, ampliùs, præſtita ratihabitione, conveniri non poteſt, & ſi conveniatur, fortè, quòd Principalis non ratihabuerit, debebit Procurator vel fidejuſſor eum defendere, *vid. l. pen. ff. de re jud.* Econtrà Actori non ſufficit, ſi Principalis ratihabeat, quod Procurator geſſit; nam, ſuppoſitâ victoriâ, contra defenſorem obtentâ, vult

(a) Hic ſubſiſtes? Quomodo (inquies) Principalis fidejubere poterit pro ſuo Procuratore ſeu Defenſore, qui tamen non obligatur, ſed ſolùm ipſe Principalis obſtringitur; hinc, ùt videtur, potiùs pro ſe ipſo fidejubebit, quod tamen implicat? Eſt tantùm quaſi fidejuſſor. Deinde Procurator tenetur (ſubtilitate Juris) ex judicato, cùm in illum feratur ſententia: Fit inſuper ex eo debitor, quod debeat promittere judicatum ſolvi, conſequenter poterit dare ipſum principalem fidejuſſorem ſicut alium extraneum. *Bach. h. ad §. 4. num. 1.* Accedit, quòd duplex videatur ſubeſſe cautio, quam Principalis præſtat, una pro ſe, altera pro ſuo Procuratore, hoc ipſo, quòd duplex ſubſit obligatio, *arg. l. 11. §. un. ff. de novat. l. 13. ff. de ſolut.*

Digitized by Google

vult ſimul, ut ſibi præſtetur ſolutio. Conſulat. *l. 76. ff. de Procur. D.D. Franz h. t. num. 11. Jure noviſſimo*, ſeu moderno rarior eſt cautionum uſus, niſi fortè aliquis nulla in loco, ubi lis vertitur, bona immobilia poſſideat, veluti teſtantur *Hopp. h. Stryck. U. M. P. eod.* & alii Pragmatici paſſim, atque ſuo tempore Magiſter uſus, qui vix non ubique variat, docebit *§. pen. h.*

Porrò, veluti non repetimus, quomodo, & quando admittatur 3
Cautio in Criminalibus (in Civilibus enim vix dabitur exceptio) ſed nos ad *tit. de Fidejuſſ. num. 4.* remittimus, ita videndum erit, quomodò Cautiones judiciales, de quibus nobis ſermo, fieri debeant: Num videlicet per fidejuſſores, vel pignora; num verò mediante jurejurando, aut nudis verbis? Sit tibi pro Regula; Cautiones judiciales fieri debere per fidejuſſores idoneos, id eſt, locupletes, & omninò (quod tamen quoad perſonas conjunctas moderatur Ulpianus in *l. 2. §. 2. junct. §. 4. ff. h. t.*) facultatibus inſtructos, neque privilegio fori, utpote qui difficilis ſunt conventionis, munitos, vid. *l. 2. pr. l. 7. princ. ff. h. t.* junctâ notabiliter *l. 7. ff. de ſtipulat. Prætor. Hopp. h. ad pr.* Qui autem minùs idoneos acceperit (ſecùs, ſi tales poſtea fiant) imputabit ſuæ facilitati, quò facit etiam Paulus in *l. 10. §. 1. ff. h. t.* Quòd, ſi fidejuſſores non inveniat, vel pignora (arbitrio Judicis determinanda, *arg. l. 1. §. 9. ff. de collat.*) dare nequeat, nec ulla ſpes inveniendi ſuperſit, præſtitô deſuper juramentô admittenda erit Cautio juratoria, *nov. 112. c. 2. in princ. nov. 134. cap. 9.* modò litigans ſit perſona honeſta, aliàs fide digna, nec de fuga ſuſpecta, *vid. Gail. 2. obſ. 47. num. 8. & ſeq.* Quid igitur, ſi agere cupiens non adeò ſit bonæ famæ, cauſam tamen veroſimilem habeat, an non erit audiendus? Sanè iniquum foret, illum ex defectu omnis cautionis à judicio repellere: Audiatur itaque, & interim pro ſecuritate detineatur. *Brnneman. Proceſſ. Civil. c. 8. num. 14.* Limitatur (I.) data ſuperiùs regula, ſi litigans ſit Perſona Illuſtris, *l. pen. C. de Dignit.* vel (II.) Spectabilis, *l. 12. pr. C. de proxim. ſacrorum ſcrinior.* qui, præſtito jurejurando, cavent, aut (III.) Clericus, cujus reſpectu ſufficit, ſi ſimpliciter bona ſua obligaverit, vid. *l. 25. §. 1. l. 33. §. 3. C. de Epiſ. & Cler.* vel denique (IV.) ſi tempore cautionis præſtandæ (quod juxta *l. 15. §. fin. ff. h.* ſpectari debet) bona immobilia, vel æquivalentia ſub juriſdictione Judicis, ubi lis vertitur, vel ſaltem ejusdem Principis Territorialis (de quo tamen vid. *l. 7. §. 1. ff. h. t. Stryck. ibid. §. 9.*) habeat, quo caſu pariter ſimpliciter, & nudis verbis cavet, *d. l. 7. pr. l. 15. pr. ff. h. t.* obtinet enim in caſum ſuccumbentiæ executio in ejusdem bona. Dixi: *ſi habeat immobilia;* nec intereſt, utrùm dominium in iis plenum, vel minùs ple-

ganti aſſiſtat. *Tertium* ex dictis evaneſcit. Imò ipſe textus reſtitutionem admittit, ſi Principalis non ſit ſolvendo : In verbis : *Sed ſi eventu damnum minor paſſurus ſit, quia, quòd præſtiterit, ſeraare ab eo, cujus negotia geſſit, non poteſt, quia is non erit ſolvendo*, *SINE DUBIO PRÆTOR INTERVENIET.*

6 Objectum Procuratoris Judicialis ſunt cauſæ, ſeu negotia, quæ eidem committi poſſunt : Committi verò poſſunt omnes cauſæ, quæ ſunt ſub patrimonio, ſeu arbitrio conſtituentis. *Stryck. ubi ſuprà §. 2.* Unde prona ſequela fluit, veluti in cauſis civilibus omnibus (ſi popularem excipias) Procurator admittitur, *arg. l. 42. pr. ff. h. t.* ita in criminalibus criminaliter intentatis non aliter poſſe conſtitui Procuratorem, quàm (I.) Si agatur ad excuſandam abſentiam, ſeu etiam innocentiam reſpectu contumaciæ, de qua, ùt vult poſt alios *Hub. ff. h. t. num. 3.* intelligi debet, *l. 33. §. 2. ff. eod.* quam interpretationem tamen latiùs, & meritò reprobat *Voët. ff. d. t. num. 14.* quem omnino vide (a): vel etiam (II.) ad pœnam pecuniariam Fiſco ſolvendam. Licèt de Jure Romano contrà ſentiat Stryck. *b. t. §. 3.* ductus *arg. l. 12. C. de bis, qui accuſ. non poſſ.* ubi videtur, Inſcriptio requiri : vel denique (III.) talis ſit pœna, quæ etiam in abſentem ferri poteſt, *l. 13. §. 1. ff. de publ. jud. & arg. l. 1. ff. an per alium cauſæ appell. cit. Stryck. ubi ſuprà §. 8.* quod ex par-

(a) Verba Ulpiani in *d. l. 33. §. 2.* ita ſonant : „Publicè utile eſt abſentes à quibuscunque defendi ; nam & in capitalibus judiciis defenſio datur. Ubicunque itaque abſens quis damnari poteſt, ibi quemvis verba pro eo facientem, ET INNOCENTIAM EXCUSANTEM audiri æquum eſt, & Ordinarium admittere, quod ex „reſcripto Imperatoris noſtri apparet. „ Reponit quidem Huber. textum debere intelligi de innocentia non circa ipſam cauſam principalem ; ſed circa ipſam abſentiam, quia in ipſa cauſa principali criminis capitalis non poſſe dari Procuratorem, indubitatum eſt ex *l. pen. §. 1. ff. de publ. jud.* Aut, pergit Laud. Author, loco INNOCENTIAM legendum ABSENTIAM ; vel denique, capiendum de innocentia reſpectu pœnæ ob contumaciam irrogandæ. Verùm quàm contortæ, & violentæ ſint ejuſmodi interpretationes, putet imprimis ex eo, quod JC. non indiſtinctè in cauſa capitalibus Procuratorem admittendum dicat ; ſed tantùm in iis, UBI ABSENS CONDEMNARI POTEST, qua limitatione non fuiſſet opus, ſi textus deberet intelligi de excuſanda ſolùm abſentia, aut abſentiæ innocentia, talis enim Procuratoris admiſſio in omni prorſus cauſa erit permiſſa, *arg. l. 71. ff. h. t. & d. l. pen. §. 1. ff. de publ. jud.* juncto notabili textu in *l. 13. §. 1. ff. d. t.* Ibi : „Ad „crimen judicii publici (ſunt verba Papiniani) perſequendum fruſtra Procurator intervenit, multóque magis ad defendendum. EXCUSATIONES tamen ABSENtium ex SCto Judicibus ALLEGANTUR, & ſi juſtam rationem habeant, SENTENTIA DIFFERTUR. „ At inſis, is ipſe textus nobis manifeſtè in verbis : MULTO MAGIS AD DEFENDENDUM eſt contrarius. Hic paſum patientiæ rogamus : Capiátque doctrina modum. Nec nos, nec qui nobis præeunt, contendunt,

parte Rei exinde planum fit, quoniam, ſi agatur ad pœnam corporalem, nemo eſt dominus ſuorum membrorum, adeóque ipſe delinquens debet eſſe præſens. Accedit, quòd ex præſentia ipſius rei faciliùs rei veritas innoteſcat, juxta illud Ovidii:

Heu quàm difficile eſt crimen non prodere vultu!

Exinde tamen non credas velim, denegari præſenti Reo Procuratorem, qui ejus negotia defenſionem ſpectantia adminiſtret, ùt optimè advertit *Stryck. loc. cit. §. 10.* Ex parte ACTORIS verò ideo, quia de jure debebat ſe ſubſcribere pœnæ talionis, quam Procuratorem conſtituendo facilè potuiſſet eludere, vid. *c. 4. cauſ. 2. quæſt. 6. d. l. 13. §. 1. ff. de publ. jud.* Hæc prohibitio tamen, ſublatâ jure noviori talionis pœnâ, vix locum ampliùs habebit, uti docet Carpz. *pract. crim. p. 3. q. 105. n. 9. & 10.*

Forma Procuratoris conſiſtit in modo, quo conſtituitur; quòd autem conſtituatur, mediante mandato, tum expreſſo, *l. 1. pr. ff. mand.* tum 7
tacito, *arg. l. 6. §. 2. l. 18. ff. eod. & l. 11. C. de pact. conv. Hopp. h. ad §. 1.* explicatione ampliùs non indiget, præſertim, ſi ea, quæ ad *tit. de mandato* tradita ſunt, recolligantur.

Effectus, qui à Procuratore promanare poſſunt, deſumendi ſunt à 8
facultate per mandatum, ejúſque annexas clauſulas conceſſa. Interim tamen facultas Procuratoris generaliter eſt, quòd litis conteſtatione efficiatur ejus (litis) dominus, *l. 21. l. 23. C. h. t.* Verùm non capis, quid

ſit

dunt, admitti ſtatim & initio accuſationis debere Procuratorem etiam in cauſis, ubi abſens poteſt damnari (& ita intelligitur textus ſuperius ab Hubero adductus) ſed primùm, ſi lis cum reo præſente fuerit conteſtata, & poſtea (pone, non fuiſſe incarceratum; forte, quod caverit) abeſſe cœpiſſe. Non enim latent manifeſtæ conſtitutiones, & reſponſa, quibus decernitur, abſentes ne quidem potuiſſe accuſari *l. 15. C. ad L. Jul. de adult.* ſed tantùm requiri debuiſſe, ceu patet ex *l. 1. & tot. tit. ff. de requir. reis & abſ. damn.* aut etiam potuiſſe in numerum reorum referri, ſuppoſito, quòd contra illos præſentes crimen fuerit inchoatum *l. 13 C. ad L. Jul. de adult.* Non tamen abſentes defendi *l. 11. §. 2. ff. eod.* Accedit deinde (ut redeamus ad noſtrum textum) pro incorrupta lectione, atque genuino intellectu *cit l. 33. §. 2. ff. h. t.* quòd Ulpianus ſe referat ad reſcriptum Imperatoris, videlicet ad *l. 3. C. de Accuſat.* (Eſt Alexandri Severi, ſub cujus regimine Ulpianus floruit) ubi ita reſcribitur: *Reos capitalium criminum abſentes* ETIAM PER PROCURATOREM DEFENDI *Leges publicorum judiciorum permittunt.* Verùm, ùt adverto, neque hic acquieſcis. Qui, ais, innocentia excuſatione indiget: Abſentiam, non innocentiam excuſari oportet. At quid eſt excuſare innocentiam, quàm pro illa verba facere? Non ſunt Jureperitis ignoti duriores quandoque etiam apud Ulpianum ſenſus. Similem habes ejusdem JCti in *l. 6. §. 5. in fin. ff. de his, qui not. inf.* ibi: *fidejuſſi pro te, & ſolvi, mandati te ſi condemnavero, famoſum facio.* An fortè non Judex, ſed fidejuſſor condemnat, aut famoſum facit?

Digitized by Google

ſit fieri litis dominus? Non eſt rei controverſæ, quæ manet prioris domini, ſed inſtantiæ fieri dominus, quatenus Procurator lite conteſtata poteſt de ipſa Inſtantia, ſeu lite pro ſuo arbitrio diſponere adeóque alium Procuratorem ſubſtituere, einen Affter-Anwalt beſtellen, dilationes petere, ita, ut perſona ipſius Principalis ampliùs in conſiderationem non veniat; ſed omnes actus judiciales, unà cum ipſa ſententia in Procuratorem dirigantur, *l. 1. C. de ſent. interlocut.* eíque actio directa (utili tamen penès principalem manente, *l. 18. ff. de dam. inf.*) acquiratur. Ratio horum eſt, quia per litis conteſtationem, utpote quaſi contractum, *l. 3. §. 11. ff. de pecul.* actio inſtituta novatur, *l. 11. §. un. ff. de novat.* conſequenter ab ipſo Principali in Procuratorem transfertur, *d. l. 27. & 28. ff. b. t. Stryck. ibid. §. 37.* ubi *§§. ſeqq.* adhuc hodie quoad potiores Effectus hæc obſervari, contra alios malè Procuratores cum Advocatis paſſim confundentes, autumat. Exinde pariter ſequitur, negligentiam Procuratoris quoad ipſum proceſſum commiſſam nocere Principali, cui tamen contra Procuratorem competit regreſſus, *l. 10. C. h. t.* Dixi: *quoad ipſum proceſſum*, nam quoad culpam perſonalem, ut, ſi fortè Judicem, vel Adverſarium injuriis afficeret, vel perſonalem inobedientiam exhiberet, ipſe, non Principalis, puniendus foret, ita intellige JCtum in *l. un. §. 2. ff. ſi quis jus dic. non obtem.* ibi: *Si Procurator tuus, vel Tutor, vel Curator jus dicenti non obtemperaverit, ipſe punitur, non dominus, vel pupillus.* Quid, ſi Principalis dolô Procuratoris læſus ſit, num erit contra Adverſarium reſtituendus? Non aliter, quàm ſi Adverſarius de dolo participaret, *l. 1. §. ult. ff. quand. appell. junct. d. l. 10. C. h. t.* Effectus, ſeu poteſtas, ſimúlque obligatio ſpecialis, quâ Procurator pollet, atque tenetur, emanat, & emenſuranda eſt, uti jam diximus, ex ipſo mandato, quod ad amuſſim (teneri quippe de culpa leviſſima indubitatum videtur ex *l. 13. & 21. C. mand.*) obſervare, eáque facere debet, quæ ipſe dominus eſſet facturus, *arg. l. 35. §. 3. ff. h. t.* Conferantur huc dicta *de Mandat. num. 5.* quibus addimus, quòd, eſto teneatur, ſi ſententiam adverſam tulerit, appellationem interponere, ſeu appellare, vel ſaltem domino denunciare, ut ipſe, ſi velit, appellare poſſit, *arg. l. 17. C. h. t.* cùm interpoſitio appellationis ſit de connexis primæ Inſtantiæ, hoc ipſo, quòd fiat coram eodem Judice; non tamen ex veriori ſententia obſtringatur ad appellationem coram Judice ſecundæ Inſtantiæ proſequendam, *arg. d. l. 17. C. h. t.* cui opinioni favet manifeſta deciſio Pontificis in *c. pen. eod.* in verbis: *licèt appellationem proſequi non teneretur invitus;* quippe finitâ inſtantiâ, finitur litis dominium, ſi modô illud Procurator abdicare voluerit, *l. 9. C. de appell.* conſequenter unà

cum

cum dominio ceſſabit obligatio, cùm ſufficiat amico in paucis conſuluiſſe, *l. 20. C. de negot. geſt.* Limita, ſi Procurator appellationem interpoſitam proſequi jam cœperit, de quo caſu intelligenda, *l. 2. ff. an per alium cauſ. appell.* vel, ſi ſit Procurator generalis datus ad omnes lites, aut in rem ſuam, *arg. l. 8. §. 8. ff. mand.* Num ſaltem teneatur ſuum Principalem in reconventione defendere? Tenetur ſaltem regulariter, *l. 33. §. 4. ff. h. t.* quia reconventio eſt connexa cum cauſa conventionis, *l. 22. ff. de jud.* Neque Reus Procuratori reſpondere cogitur, niſi Procurator defenſionem ſui Principalis ſuſcipiat, *l. 5. C. h. t.* Quibus non refragatur, *l. 17. C. eod.* ubi generaliter dicitur, Procuratorem *defenſionem abſentis ſubire non compelli, cùm fidem ſuſceptam implere ſufficiat.* Nam hoc intelligi debet de nova conventione, non de ea, quæ in cauſa conventionis fuit oppoſita, veluti colligitur ex allegata ratione, quòd fidem ſuſceptam implere ſufficiat. Limita, ſi ſit Procurator in rem ſuam, iſque voluntarius, non neceſſarius, fortè, quòd nomen in ſolutum accipere coactus fuerit, *d. l. 33. §. ult. l. 34. l. 7. ff. h. t. Laud. Magnif. P. Schmier ubi ſupra num. 370.* Cæterùm, prout ea, quæ à falſo Procuratore geſta ſunt, nullius ſunt roboris, *l. 27. pr. ff. l. 24. C. h. t.* ita non adeò planum eſt, utrùm, ſi dominus ea approbaverit, convaleſcant? Et quomodo? Convaleſcere, ſi ratihabitio, durante adhuc judicio, ſupervenerit, ſatis dilucidatur, tum ex *l. 56. ff. de jud.* tum ex vulgata regula, quòd ratihabitio mandato æquiparetur, *l. 16. §. 1. ff. de pign. & l. 60. ff. de R. J.* Si verò, latâ ſententiâ, ratihabitio accedat, fruſtra in ea valorem quemdam quæſiêris, cùm, quod ab initio vitioſum eſt, tractu temporis convaleſcere non poſſit, *arg. l. 29. & pen. ff. de R. J.* Accedit, quòd jus nullitatis Adverſario quæſitum eidem invito auferri non poſſit, *arg. l. 11. & 27. ff. d. t.* Quid, ſi contra falſum Procuratorem lata ſit, & Principalis eam approbet? Nihilominus manebit nulla, quia, quod favore publico introductum eſt, pactis privatorum non poſſe mutari, certa regula eſt ex *l. 38. de pact. arg. d. l. 27. ff. de R. J.* Quamvis extra dubium ſit, poſſe Principalem per ratihabitionem ſibi præjudicare, *arg. l. 3. §. 1. rat. rem hab. & l. pen. C. de pact. vid. Zoëſ. h. t. n. 17. Fachin. lib. 8. contr. c. 61.* Satis de Effectu.

Contraria expoſcis: Sunt ea, quibus officium Procuratoris exſpi- 9
rat. Exſpirat autem (I.) Mutuo conſenſu, *arg. §. fin. quib. mod. toll. obl.* niſi lis jam fuerit conteſtata, ibi enim, cùm inter litigantes jam ſit quaſi contractum *l. 3. §. 11. ff. de pecul.* opus eſt vel cauſæ cognitione, *arg. c. 13. h. t.* vel conſenſu Adverſarii, *arg. l. 5. C. de O. & A.* Nec non (II.) *Revocatione*, vel Expreſſa, vel Tacita, veluti, ſi alteri poſt inter-

val-

vallum negotium demandet, *vid. l. 31. §. fin.* & *l. 32. ff. b. t.* ſub data tamen priùs limitatione, *vid. l. 17.* & *ſeqq. ff. b. t.* (a) Idem dicendum (III.) de *Renunciatione*, quæ itidem poſt litem conteſtatam ſine cauſa juſta, fortè valetudinis, neceſſariæ peregrinationis &c. quæ videri poſſunt in *l. 8. §. fin.* & *ll. ſeqq. ff. eod.* pariter non eſt admittenda *dd. texx.* jungantur, quæ habet *D. D. Franz p. m. b. t. num. 57.* quæ tamen non noſtra facimus. Idem ſenties (IV.) de *Morte*, tum ipſius *Principalis*, uti videre eſt in *l. 15. in pr. ff. l. 23. C. b.* Etſi in praxi (de qua vid. *Stryck. b. t. §. 4. Gayl. 1. obſ. 109. num. 6.*) ſoleat reaſſumi proceſſus, & conſequenter etiam mandatum renovari; tum ipſius *Procuratoris*, *l. 27. §. 3. l. 57. ff. mand.* non tam, quia eſt electa perſonæ induſtria, ùt paſſim volunt, ſed potiùs, quia negotium incideret in perſonam, cujus induſtria non potuit prævideri: juxta dicta de *Mand. num. ult.*

TI-

(a) Mirandum, quòd Vo. *ff. b. t. num. 23.* tam liberè, & veluti de plano ſcribat, & venditet, in quacunque judicii parte poſſe etiam invito Adverſario Procuratorem revocari; ex ratione, ùt ait, quia ſicut poteſt ſine ejus conſenſu conſtitui, ita & removeri *arg. §. 1. Inſt. b.* Sed quàm debilis ſit hæc ratio, nemo non videt, cui notum eſt illud, quòd, quæ priùs ſunt voluntatis, fiant ex poſt facto neceſſitatis *l. 5. C. de O. & A.* Nónne Procurator per litis conteſtationem fit litis dominus. *l. 22. & 23. C. b. t.* & cum Adverſario quaſi contrahit (ſiquidem quaſi contractus eſt fundamentum hujus dominii, & quòd actio directa judicati detur ipſi procuratori, & contra illum) *l. 3. §. 11. ff. de pecul.* & quidem ita, ut fiat quædam delegatio, quatenus ipſe Procurator ſubintrat in locum principalis *l. 11. §. un. ff. de novat.*? Ita ipſe Voët. *loc. cit. n. 19.* An poſſunt litigantes ipſi, ſi litem ſint conteſtati, alterutro invito recedere? Nemo dixerit: Ita neque Procuratores, qui per quaſi contractum & delegationem facti ſunt litis domini. Accedit, quòd multum interſit, hunc vel illum habere in lite Adverſarium *arg. l. 64. ff. b. t.* Hinc etiam eſt, quòd diſpliceant, quæ tradit *D. D. Franz p. m. d. t. num. 57.* poſſe nimirum Procuratorem renunciare etiam invito Adverſario; erubeſcit quippe Clariſſ. Author ſine lege loqui, nulláque, ùt ait, fit Adverſario injuria. Verùm cauſam erubeſcendi non video, ſi placuerit in ſubſidium vocare textus in priori membro circa revocationem Procuratoris mox adductos, qui etiam ad hanc quæſtionem optimè quadrant; Siquidem litis conteſtatio non eſt tam negotium inter mandantem & mandatarium, qui aliunde tenentur ex mandato, quàm etiam inter ipſos litigantes, qui ſe obligant ad litem proſequendam, & ſententiam expectandam; litigans autem eſt ipſe Procurator, qui fit litis dominus. Sicut igitur lite jam conteſtata neque Principalis, neque Procurator poteſt altero invito ſine juſta cauſa à jure approbata recedere, ita nec unus nec alter poterit ſine conſenſu Adverſarii obligatione per litis conteſtationem inducta exonerari. Reponit quidem *memor. Vir. Conſultiſſ.* quaſi contractum non intervenire inter Procuratorem, ſed inter Principalem, & Adverſarium, ideirco actionem judicati non contra Procuratorem, ſed contra Principalem competere. At ſi hoc, quomodo Procurator fiet litis dominus? vel quo medio continget dele-

ga.

TITULUS XI.

De Satisdationibus.

VAnus eſſet inſtituendarum Actionum conatus, vaniórque victoriæ ſpes, ſi circa ea, quæ in judicio acta fuerunt, non eluceret ſecuritas, hinc optima ratione proviſum fuit, ut litigantes, ſive per ſe, ſive per alios cauſas judiciales tractare intenderint, Adverſarium ſuum de iis, quæ præſtanda emerſerint, ſecurum faciant; unde meritò prioribus titulis Satisdatio ſubnectitur. Fuit autem Satisdatio à nobis *lib. 1. tit. 24. num. 1.* in genere definita, quòd ſit *Actus, quo alterum de re aliqua ſecurum reddimus*, ibíque ſimul præoccupata Diviſio *in Satisdationem in ſpecie*, quæ fit datis fidejuſſoribus, & *Cautionem*, eámque vel *Simplicem*, quæ præſtatur nudìs verbìs, vel *Pignoratitiam*, quæ fit datis pignoribûs, vel *Juratoriam*, quæ præſtitò juramentô abſolvitur. At, quænam ex his præſtantior? Regulariter fidejuſſoria; Nam, ſi verbalis ſit, aut juratoria, tantùm obligat perſonam promittentis, ejúsque hæredes; ſi pignoratitia, poſſunt pignora aut perire, aut evinci: Fidejuſſoria econtrà obligat ſimul fidejuſſores, eorûmque hæredes; ac utraque augeri poteſt cum obligatione principali, adeóque non tam facilè perire, aut fieri eluſoria; ſecundùm ibidem dicta *num. 4.* Dixi: *Regulariter:* Nec enim implicabit, fingere caſus, ubi cautio pignoratitia ſecuriorem reddet; præſertim, dum obligatio non vagatur in incerto, pignus econtrà, quod fortè debitum multoties excedit, periculo interitûs non eſt facilè obnoxium: hinc, cum fidejuſſoria æquiparatur in *l. 1. §. 9. ff. de* 1

gatio, de qua in *l. 11. §. un. de novat.* fit mentio? Imò quomodò ſalvabit Author, quæ habet *cit. tit. num. 37.* Ait ibi: „Litis conteſtatione Procurator fit litis, hoc „eſt controverſiæ, ſeu actionis dominus. „ --- Paulo pòſt: „Actionis hujus, ſeu „controverſiæ dominium Principalis per litis conteſtationem amittit, illúdque Pro„curator acquirit, cùm per litis conteſtationem quaſi contrahatur, & actio intentata „novetur; hinc perſona domini quoad decurſum judicii in conſiderationem non venit „ampliùs, & Procuratori (ſaltem ſubtilitate juris) directa rei judicatæ actio competit, „ſicut adversùm eundem (licèt tantùm inefficaciter) datur *l. 27. & ſeq. ff. h. t. l. 4. pr.* „*ff. de re jud.* Hæc ipſe Author. „ Si ita eſt (& non eſt aliter) ipſe Procurator quà dominus in lite eſt adeóque ſicut ipſe Principalis non poteſt recedere, ita neque exonerare Procuratorem. Quomodo aliter iſta ſibi cohæreant, non decet contra meum quondam Profeſſorem omni ætate venerandum judicare: Licebit nihilominus ingenuè fateri, me nunquam juráſſe in verba Magiſtri. Urgebis, quid ſi Adverſarius nunquam vellet conſentire? In cauſis enumeratis in *l. 8. & ſeqq.* nec non in *l. 17. §. fin. & ſeqq.* alliſque juſtis debet conſentire, quia qui authoritate legis utitur, nemini facit injuriam; nec alter poteſt juris diſpoſitioni retractari.

Digitized by Google

collat. jungatur *l. 2. §. 3. ff. quod leg.* Rogas ulteriùs, quænam ergo in ſingulis negotiis requiratur? Cape diſtinctim. Quoties jura *Satisdationem* exigunt, dandi ſunt fidejuſſores, nec ſufficiunt pignora, *l. 1. ff. qui ſatisd. cog. ſeu h. t.* Quando verò *Idoneam Cautionem* imponunt, dari debent vel fidejuſſores, vel pignora, *l. 4. §. 8. ff. fideicommiſſ. libert. arg. l. 59. §. fin. ff. mand.* Si autem *Nudæ Cautionis*, non additâ clauſulâ *idoneæ*, mentionem faciant, ſufficit nuda promiſſio, *l. 3. C. de verb. & rer. ſignif.* Porrò, cùm ex dictis patulum fiat, opus eſſe quandoque ex diſpoſitione juris cautione, hinc præter diviſiones, de quibus hactenus.

Alia eſt inſuper Neceſſaria, ſeu Legalis, Alia Voluntaria, ſive Conventionalis. *Hæc*, quæ præſtatur ex libera partium voluntate, ſeu conventione, obtinetque plerumque in contractibus. *Illa*, quæ à lege, ſeu Edicto Prætoris injungitur, *l. 7. §. 1. l. 8. §. 4. ff. h. t.* Huc ſpectat (I.) Cautio *Judicatum ſolvi:* qua Actor ſecurus redditur de facienda ſolutione illius, ad quod Reus fuerit condemnatus: Imò *tres clauſulas* (ùt ait Ulpianus *in l. 6. ff. jud. ſolv.) in unum collectas habet ſtipulatio judicatum ſolvi; de re judicata, de re defendenda, de dolo malo.* (II.) *De judicio ſiſti*, qua quis cavet, ſe velle usque ad finem litis, latámque ſententiam in judicio permanere, *§. 2. h. t.* Differunt inter ſe notabiliter, non tantùm in eó, quòd Iſta morte rei evaneſcat, *l. 4. ff. h. t.* non item Illa, cùm ſolutio etiam poſt mortem fieri, non autem mortuus ſiſti poſſit, *arg. l. 1. C. de fidejuſſ. & mand.* ſed etiam, quòd Poſterior fidejuſſorem poſt ſententiam non ampliùs ſtringat, benè verò Prior, quæ ad ſolutionem tendit, & huc reſpexiſſe videtur Ulpianus in *l. 3. §. 8. jud. ſolv. Voët. ff. h. num. 11.* (a) (III.) Cautio de Rato, quam præſtat Procurator obſcuro, vel defenſor nullo mandato inſtructus, datisque fidejuſſoribus promittit, Principalem ſuum omnia, quæ ipſe (Procurator, vel Defenſor) geret, ratihabiturum, ſeu approbaturum, *§. 3. h.* Plures ſpecies, puta: Rem pupilli ſalvam fore: de legatis præſtandis: de utendo boni viri arbitratu, occurrerunt ſuis locis, & videri poſſunt apud *D. D. Franz h. num. 2.* Tu interim

2 Sciſcitaberis, quo jure Satisdationes introductæ ſint? Quidam Prætorium laudant: Sed rectiùs cum *Habnio ad Weſemb. ff. h. t. num. 3.*

Lex

(a) Obſtat *l. 13. verſ. Proinde. ff. d. t.* ubi non videtur commiſſa ſtipulatio, niſi lis fuerit conteſtata, de qua tamen in *d. l. 3. § 8.* (quæ generalis eſt) nihil habetur. Explica: Committitur ſtipulatio etiam, quando ante litem conteſtatam ſuper cauſa principali Reus diſceſſit; *d. l. 3. §. 8.* In *d. l. 13.* autem non agitur de litis conteſtatione circa ipſam cauſam principalem, ſed circa ſtipulationem, qua ſatisdatio fuit interpoſita, adeóque circa articulum incidentem; ibi: *niſi ex ſtipulatione lis fuerit conteſtata.* vid. latiùs, licèt ſubobſcuriùs *Bachof. ad pr. h. t. num. 3.*

Lex, SCtum, aliúdve jus vim legis habens (ùt *Cauſa Efficiens Remota*) ſtatuitur *arg. §. 2. de uſufr. & l. 2. §. 1. de uſufruct. ear. rer.* ita tamen, ut non excludatur jus Prætorium, quod introductas non tantùm paſſim approbavit, & exinde actionem dedit, *princ. Inſt. h. l. 2. §. fin. ff. eod.* ſed etiam unam vel alteram introduxit, *arg. l. 5. ff. de hæred. petit. & l. 33. §. 3. ff. de Procurat.* Cautionem verò (ùt *Cauſa Efficiens Proxima*) præſtant litigantes ſibi invicem, quo ſenſu & quatenus cautionem ab alio recipiunt, dici etiam poſſunt *Subjectum Cui.* Hic autem ſeparandum jus vetus à jure novo: & hoc à noviſſimo, ſeu hodierno. *Jure veteri ACTOR*, ſive Actio fuerit realis, ſive perſonalis, non cavebat, benè verò ejus PROCURATOR, cui cautio *Rem ratam haberi* (ſuppone, ſi mandatum obſcurum, vel tantùm præſumptum habuerit, *arg. l. 3. §. 2. ff. ut in poſſ. legat. l. 1. C. de Procurat. vid. Vinn. h. ad princ. num. 1.*) injungebatur *pr. & §. 1. h. t.* REUS actione reali, non item perſonali, conventus ſatisdare tenebatur *Judicatum ſolvi. d. pr. & §. 1. h.* Cur tam variè? quia in actione perſonali, uti diſcurrit *Schamb. ad §. 1. h.* ipſa perſona nominatim, & principaliter obligata eſt, conſequenter, ſi eam Actor in judicio præſentem habuit, jam habuit id, in quo principaliter conſiſtebat obligatio: In actione verò reali magis ſpectatur res, quæ petitur, quàm perſona, quæ tantùm ex hypotheſi, quòd rem poſſideat, & quamdiu poſſidet, tenetur; unde, ne contingeret in præjudicium Actoris, rem alienari, vel deſtrui, exigebatur à Reo cautio *judicatum ſolvi.* PROCURATOR ſive fuerit conventus actione reali, ſive perſonali *omni modo* ſatisdare cogebatur, *d. pr. & §. 1. h.* Ratio in *cit. §. 1.* redditur: *quia nemo defenſor in aliena re ſine ſatisdatione idoneus creditur.* Id, quod obſervatum colliges, eſto Procurator mandatô certô fuerit inſtructus. Rationem, arbitratur, fuiſſe, Vinn. *h. ad d. §. 1.* quia ſuſceptio judicii quædam ſpecies delegationis eſt, *l. 11. §. 1 ff. de nov.* facitque, ut ſubtilitate juris Reus liberatus videatur: unde meritò, qui in illius locum ſuccedit, litiſque dominus efficitur, hac cautione fuerit onerandus, ne invito Actori alius Reus ſubjiciatur. *Jure novo*, & quidem Inſtitutionum nil conſtat de cautione aliqua ab ACTORE per ſe agente præſtanda. *Jure* verò *Novellarum* tria cavere debet (I.) Quòd velit intra bimeſtre poſt oblatum libellum litem conteſtari, *nov. 96. c. 1.* & exinde deſumpta, *Auth. Libellum. C. de litis conteſt.* (II.) Quòd nolit fraudulenter litem deſerere, ſed uſque ad ejus finem in judicio perſiſtere, *Auth. Generaliter de Epiſc. & Cler.* (III.) Quòd, ſi fuerit inventus injuſtus, ſeu temerarius litigator, velit expenſarum nomine decimam litis, ſeu quantitatis in libello expreſſæ, partem perſolvere,

vult ſimul, ut ſibi præſtetur ſolutio. Conſulat. *l. 76. ff. de Procur. D.D. Franz b. t. num. 11. Jure noviſſimo*, ſeu moderno rarior eſt cautionum uſus, niſi fortè aliquis nulla in loco, ubi lis vertitur, bona immobilia poſſideat, veluti teſtantur *Hopp. b. Stryck. U. M. P. eod.* & alii Pragmatici paſſim, atque ſuo tempore Magiſter uſus, qui vix non ubique variat, docebit *§. pen. b.*

Porrò, veluti non repetimus, quomodo, & quando admittatur Cautio in Criminalibus (in Civilibus enim vix dabitur exceptio) ſed nos ad *tit. de Fidejuſſ. num. 4.* remittimus, ita videndum erit, quomodò Cautiones judiciales, de quibus nobis ſermo, fieri debeant: Num videlicet per fidejuſſores, vel pignora; num verò mediante jurejurando, aut nudis verbis? Sit tibi pro Regula; Cautiones judiciales fieri debere per fidejuſſores idoneos, id eſt, locupletes, & omninò (quod tamen quoad perſonas conjunctas moderatur Ulpianus in *l. 2. §. 2. junct. §. 4. ff. b. t.*) facultatibus inſtructos, neque privilegio fori, utpote qui difficilis ſunt conventionis, munitos, vid. *l. 2. pr. l. 7. princ. ff. b. t.* junctâ notabiliter *l. 7. ff. de ſtipulat. Prætor. Hopp. b. ad pr.* Qui autem minùs idoneos acceperit (ſecùs, ſi tales poſtea fiant) imputabit ſuæ facilitati, quò facit etiam Paulus in *l. 10. §. 1. ff. b. t.* Quòd, ſi fidejuſſores non inveniat, vel pignora (arbitrio Judicis determinanda, *arg. l. 1. §. 9. ff. de collat.*) dare nequeat, nec ulla ſpes inveniendi ſuperſit, præſtitô deſuper juramentô admittenda erit Cautio juratoria, *nov. 112. c. 2. in princ. nov. 134. cap. 9.* modò litigans ſit perſona honeſta, aliàs fide digna, nec de fuga ſuſpecta, *vid. Gail. 2. obſ. 47. num. 8. & ſeq.* Quid igitur, ſi agere cupiens non adeò ſit bonæ famæ, cauſam tamen veroſimilem habeat, an non erit audiendus? Sanè iniquum foret, illum ex defectu omnis cautionis à judicio repellere: Audiatur itaque, & interim pro ſecuritate detineatur. *Brnneman. Proceſſ. Civil. c. 8. num. 14.* Limitatur (I.) data ſuperiùs regula, ſi litigans ſit Perſona Illuſtris, *l. pen. C. de Dignit.* vel (II.) Spectabilis, *l. 12. pr. C. de proxim. ſacrorum ſcrinior.* qui, præſtito jurejurando, cavent, aut (III.) Clericus, cujus reſpectu ſufficit, ſi ſimpliciter bona ſua obligaverit, vid. *l. 25. §. 1. l. 33. §. 3. C. de Epiſ. & Cler.* vel denique (IV.) ſi tempore cautionis præſtandæ (quod juxta *l. 15. §. fin. ff. b.* ſpectari debet) bona immobilia, vel æquivalentia ſub juriſdictione Judicis, ubi lis vertitur, vel ſaltem ejuſdem Principis Territorialis (de quo tamen vid. *l. 7. §. 1. ff. b. t. Stryk. ibid. §. 9.*) habeat, quo caſu pariter ſimpliciter, & nudis verbis cavet, *d. l. 7. pr. l. 15. pr. ff. b. t.* obtinet enim in caſum ſuccumbentiæ executio in ejuſdem bona. Dixi: *ſi habeat immobilia;* nec intereſt, utrùm dominium in iis plenum, vel minùs 3

Digitized by Google

plenum, adeóque directum, vel utile; naturale, vel civile litiganti competat, *arg. d. l. 15. §. 1. & 3. eod.* Idem dicendum, ſi ad obtinendam rem immobilem actionem realem, putà rei vindicationem (ſecùs, ſi tantùm ad uſumfructum, *d. l. 15. §. 1. & 2.*) haberet, quia, qui actionem realem habet, ipſam rem habere videtur, *l. 143. ff. de V. S. l. 15. ff. de R. J. Lauterb. ff. h. 17.* Dixi: *Vel æquivalentia*, quò reducuntur reditus annui, qui percipiuntur ex rebus immobilibus: item res mobiles pretioſæ, non tam facilè aliò transferibiles, ùt merces in taberna, Bibliotheca, *cit. Lauterb. ubi ſupra §. 15.* Nec non ſortes mutuò datæ, vulgò Capitalien, wann ſelbe unaufkündlich ſeynd. Hic tamen univerſim notandum, quoniam ſæpè Satisdationes differendæ litis causâ prætendi, experientia conſtat, poſſe Judicem ejusmodi exactiones, quas frivolas reputat, ex officio rejicere, *cit. Brunn. ubi ſuprà num. 12.* Caveat tamen Juris Præſes, ne hanc immunitatem quoad perſonas recenſitas ad alia cautionum genera, quàm de quibus hic ſermo, extendat. In aliis enim nulla dignitas, vel facultates excuſant, *arg. l. 1. §. 1. ff. ut leg. vel fideic. ſerv. cauſ. cav.*

4 Effectus Satisdationis generalis patebit conſideranti, quòd Satisdatio, ſeu Cautio fieri debeat jure noſtro mediante ſtipulatione, ex qua *Proximè* oritur obligatio ad id, quod promiſſum eſt, præſtandum, *Remotè* verò Actio ex ſtipulatu ad illud conſequendum, ùt ſuo loco didicimus. Effectus ſpecialis per ſe apparebit perpendenti cujuslibet cautionis naturam, quam præſefert, finémque, ad quem tendit. (a) Nos pergere monet

TITULUS XII.

De Perpetuis, & Temporalibus Actionibus, & quæ ad hæredes, & in hæredes tranſeunt.

1 PAſſim quidem audivimus in diſcurſu, alias Actiones eſſe perpetuas, alias temporales; alias tranſire ad-vel in hæredes, adeóque morte non extingui; alias non tranſire, adeóque extingui; Generales tamen regulæ, unde ratio dari poſſit, adhuc deſiderantur. Dabimus

(a) Num cautio in prima Inſtantia & in ſecunda perduret? Diſtinctione opus eſt: Si Reus fuit in prima condemnatus, & ſententia in ſecunda confirmata, durat, quia actio judicati non tam ex ſecunda, quàm prima ſententia deſcendere videtur, hoc ipſo

Digitized by Google

mus ſi priùs, quæ irregulares ſunt, perceperis; Sunt enim varia jura (quibus, utpotè directè non huc ſpectantibus, recenſendis facilè poſſemus ſuperſedere) variæque actiones, quas temporales vocamus, nullâ certâ regulâ comprehenſibiles, dum earum aliquæ breviori, aliæ longiori tempore excluduntur. Quò ſpectat *Tit. Digeſtorum de diverſ. tempor. præſcript.* quæ nuncupantur præſcriptiones innominatæ.

Incipiemus itaque à brevioribus, & ita aſcendendo ad perpetuas 2
deveniemus, & quidem (I.) Momento quaſi præſcribitur juri, recuperandi poſſeſſionem vi amiſſam, quatenus non licet, niſi in continenti, vim vi repellere, *l. 17. ff. de vi & vi arm.* Item juri præventionis, *arg. c. 19. de foro compet.* juri contradicendi filiofamilias, mutuam pecuniam accipienti, patri competens, *l. 16. ff. ad SCtum Maced.* (II.) Horis 24. extinguitur jus retinendi adulterum in privato carcere marito, Patrique indultum in *l. 25. pr. ff. ad Leg. Jul. de Adult.* (III.) Uno die præſcribitur facultati, qua pollet Judex, ſententiam à ſe latam quoad acceſſoria, vel appertinentia ſupplendi, *l. 42. ff. de Re jud.* (IV.) Intra biduum, vel triduum olim extinguebatur jus appellandi, *l. 1. §. 5. ff. quand. appell.* (V.) Intra triduum exſpirat facultas corrigendi errorem ab Advocato commiſſum, *l. ult. C. de error. Advocat.* Item jus colligendæ glandis, *l. un. ff. de gland. leg.* (VI.) Decendio tollitur hodie jus appellandi, *nov. 23. c. 1.* (VII.) Intra quindecim dies opponenda eſt exceptio ſpolii, *c. 1. in pr. de reſt. ſpol. in 6.* (VIII.) Intra 30. dies, qui menſem conficiunt, *l. ult. §. 1. 2. & 11. C. de jur. delib.* opponenda eſt exceptio non num. pecun. contra apocham à creditore emiſſam, *l. 14. §. 2. C. de N. N. P.* Idem petendi ſunt Apoſtoli, *l. 24. C. de appellat.* Intra 50. dies exſpirat facultas ſe excuſandi à tutela, vel cura *§. 16. de excuſ. tut.* (IX.) Poſt 60. dies, qui duobus menſibus æquivalent, *l. 101. ff. de R. J.* ceſſat prærogativa emendi ab emphyteuta domino directo oblata, *l. ult. C. de jur. emphyt.* (X.) Spatiô trium menſium eſt inſtituenda electio Prælati ad Eccleſiam vacantem, *c. 41. de elect.* (XI.) In termino quatuor menſium facienda eſt præſentatio à Patrono Laico *cap. 3. & 27. de jur. patronat.* Sex menſes verò competunt Patrono Clerico. Hoc ipſum tempus (XII.) præſcriptum eſt Actioni redhibitoriæ, vid.

ta-

ipſo, quòd ſubſtantialiter nihil fuerit immutatum. Si verò in prima Inſtantia Reus ſit abſolutus, & in appellatorio contrà pronunciatum, ceſſat cautio *l. pen. ff. jud. ſolv.* Siquidem reo abſoluto, ſolvitur etiam obligatio fidejuſſoria, utpote acceſſoria, quæ ampliùs in ſecunda Inſtantia non reviviſcit, niſi in ſpecie ſe ſe obligaverit. *l. 3 pr ff. d. t.* Nec præſumitur Prætor, à cujus arbitrio in his cautionibus (voluntariis) interpretatio dependet, *l. 9. ff. de ſtipul. Prætor. l. 52. ff. de V. O.* alterius, ſed ſuum judicium ſecurum reddere.

Digitized by Google

tamen *l. 28. & 38. pr. ff. de ædilit. Edict.* Secùs dicendum (XIII.) de Actione quantò minùs, quæ annô durat, *l. 19. §. ult. ff. d. t.* Quò etiam ſpectant (XIV.) pleræque Actiones prætoriæ pœnales, *pr. Inſt. h.* Bienniô autem (XV.) exſpirat exceptio non num. pec. in mutuo, *l. 14. princ. C. de N. N. P.* Intra triennium (XVI.) ſub pœna caducitatis, ſeu amiſſionis, ſolvendus eſt Canon in Emphyteuſi, *l. 2. C. de jur. Emphyt.* Item terminanda judicialis Inſtantia, *l. 13. §. 1. C. de jud.* Quadrienniô (XVII.) tollitur jus petendi reſtitutionem in integrum ex capite minorennitatis, *l. ult. C. de temp in integ. reſt.* Quinquenniô (XVIII.) durat querela tum inofficioſi teſtamenti, tum inofficioſæ donationis, *l. 34. in fin. C. de inoff. teſtam. l. u t. C. de inoff. donat.* Reliquæ præſcriptiones regulares, ſive ordinariæ 10. vel 20. ſive extraordinariæ 30. vel 40. annor petendæ ſunt *ex tit. de uſuc. & long. temp. præſc.* His extra regulas præmiſsis, quoad utramque Rubricæ partem compendioſè æquè, ac induſtrioſè tibi ſatisfaciet annexa Tabula, cujus Authorem, paucis à nobis (inventis quippe facilè eſt addere) litteris minuſculis ſuperadditis, laudamus *Perilluſt. D. D. de Herz*, hoc unicum notantes, Actiones perpetuas non dici, ac ſi (quod erat olim *princ. Inſt. h.*) in æternum durarent, ſed juridicè quoad tempus 30. vel 40. annorum, *arg. l. 3. & 4. C. de præſc. 30. vel 40. annor. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Adeò, ut, quamvis Actionum æternitas (ſume indefinitè) ſublata ſit, nomen tamen permanſerit, *arg. l. 7. §. fin. ff. quod cujuscunque univ. nom.* Quæ breviùs durant, vocantur temporales.

TITULUS XIII.

De Exceptionibus.

Actionibus non tantùm contrariantur tempus, & quandoque mors, aliíque modi, quibus Actiones ipſo jure perimuntur, uti hactenùs, & ſupra *l. 3. tit. ult.* vidimus, ſed etiam exceptiones, quibus Reus, velut ſcutis Actoris tela (Actiones nempe quandoque ſummo jure competentes) elidit, ſiquidem *Exceptiones defendendorum Reorum gratiâ comparatæ ſunt*, inquit Tribonianus *h. in pr.*

Exceptiones autem, quæ etiam nomine præſcriptionis veniunt, *l. pen. ff. h. t. vid. Huber. h. num. 1. verſ. nomen exceptionis*, appellantur à Veterum judicii formula, quæ Judicibus pedaneis præſcribebatur per verbum *niſi*, *ſi &c.* tanquam particulas exceptivas, *arg. l. 2. §. 1. & l. 4. §. 15.*

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

§. 15. & 32. ff. de dol. mal. & met. except. Conſiderantur vel in actu primo, vel ſecundo. In priori ſenſu definies, quòd ſit *Jus excludendi, vel retardandi Actionem, vel intentionem Actoris contra ſe motam, aut movendam:* In poſteriori, quòd ſit *Ipſa Actualis Excluſio, ſeu Retardatio Actionis, vel Intentionis Actoris.* Aliter definitur à Paulo in *l. 22. pr. ff. de Except.* quò vide. In utraque definitione memoratum fuit *Actionis*, vel *Intentionis*, unde prodit diviſio, quòd

1 Aliæ ſint Juris, ſeu Propriæ, aliæ Facti, ſeu Impropriæ. Exceptio *Juris* dicitur, quæ Actionem Actori ſummo jure competentem, quam excludit, ſupponit. *Sæpè enim accidit* (inquit Tribonianus in *pr. h.*) *ut, licèt ipſa perſecutio, qua Actor experitur, juſta ſit* (ſcilicet ſummo jure) *tamen iniqua ſit adversùs eum, cum quo agitur.* Quod ab exemplis mox adducendis ſatis apparebit. Exceptio Facti illa eſt, quæ nullam ſupponit actionem Actori competentem, ſed tantùm ejus intentionem excludit; quatenus, ſicut ille de facto, & nullo jure competente agit, ita iſte de facto excipere cogitur, ne à Judice, qui factum divinare non poteſt, condemnetur. Huc præter eam, quam indulget JCtus in *l. pen. ff. h. t.* ſpectant Exceptiones Solutionis, Acceptilationis, Præſcriptionis &c. Unde colliges per exceptionem Facti nos non tam intelligere ſimplicem negationem, qua v. g. nego, me accepiſſe mutuum, quàm potiùs talem, quæ novum factum includit, adeóque prægnantem, utì benè notatur in *Theſ. Jur. h. t. num. 1.* (a) Exceptiones juris vagantur quoad ſuas ſpecies, utì Actiones, vix non per omnes cauſas, hinc à *Cauſa Efficiente*

2 Aliæ ſunt CIVILES, quæ nimirum ortum trahunt à Jure Civili, quò ſpectat Exceptio SCti Macedoniani, Vellejani, non numeratæ Pecuniæ, Excuſſionis, ſeu Ordinis, Diviſionis, Rei judicatæ, ſi eædem ſint perſonæ litigantes, eadem res, eadémque cauſa petendi, *vid. l. 7.*

Rrr *pr.*

(a) Sed quo juris effectu hæc diviſio? *Nihil* quippe *intereſt* (ſunt verba ſubtilis JCti Pauli in *l. 112. ff. de R. J.*) *ipſo jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.* Optimè cum Paulo arguitur, ſi ſermo ſit de exceptione, quæ actu fuit oppoſita. Antequam autem opponatur, poteſt actio etiam elidibilis cedi, vendi, donari, & ſi exceptio non opponatur, etiam ferri ſententia, quæ omnia ceſſant, ſi actio quoad ſubſtantiam non ſubeſſet. Accedit, quòd exceptio facti poſſit etiam poſt ſententiam opponi; cùm ſententia ſit nulla, & ideo ſolutum condicitur. Neque enim fruſtra Veteres Romani de his diſputârunt, & hinc in dubio recurrendum ad exceptionem juris *l. 34. §. 4. ff. de O. & A.* Inde eſt, quòd ſuprà *Lib. 3. tit. 21. num. 8.* non ſine fundamento dictum fuerit, poſſe Judicem condemnare ex literis etiam intra biennium, ſi exceptio non num. pecun. non opponatur, poſtquam ibidem probatum dedimus etiam intra biennium jam eſſe contractum, & hinc actionem, ſeu condictionem naſci debere.

Digitized by Google

pr. l. 12. 13. & 14. pr. & §. 2. ff. de Except. rei jud. Aliæ PRÆTORIÆ, quæ cunabula ſua debent Juri Prætorio, ùt ſunt Exceptio in Factum, qua quis conqueritur, ſe fuiſſe errore lapſum, *§. 1.* Pacti conventi, *§. 3. eod.* Item Metûs, Doli, *d. §. 1. junctô §. 7. b.* quæ ultima iterum vel *Generalis*, quæ concurrit, cum aliis Exceptionibus, adeóque non ſupponit dolum ab initio commiſſum, ſed potiùs contendit, dolo illum agere, qui petit id, quod quacunque exceptione elidi poteſt, *l. 2. §. 5. ff. de dol. mal. & met. except.* vel *Specialis*, qua is repellitur, qui ex negotio, in quo dolum commiſit, agit, *d. l. §. 1. & 2. ff. d. t. Hopp. b. ad §. 1.* Illa imitatur naturam exceptionis, cum qua concurrit, adeóque pro illius diverſitate quandoque eſt temporalis, quandoque perpetua. Iſta per ſe ſubſiſtit, eſtque ſemper perpetua, *l. 5. §. fin. ff. d. t.* requirit tamen dolum ſpecialem in ipſo negotio, ex quo agitur, commiſſum: Inde etiam fluit, quòd iſta perſonalis ſit (intellige quoad ſubjectum paſſivum) conſequenter, utpote etiam famoſa, *l. 4. §. 16. ff. eod.* non competat, niſi contra decipientem, vid. *l. 2. §. 1. l. 4. §. pen. ff. eod. cit. Hopp. ubi ſuprà.* Quinimò, ſi Actori debeatur reverentia, hujus locô, omiſſa mentione doli, opponitur exceptio in factum, *d. l. 4. §. 16. Vinn. b. ad §. 1. in fin.* Latiùs Schamb. ad *§. 1. b. verſ. Definitio.* Aliter ſe habet Exceptio, quod metûs cauſa, quæ realis eſt, ſeu in rem ſcripta, ita, ut non quæratur, à quo, ſed tantùm, an metus fuerit incuſſus, *d. l. 4. §. penult.* nec etiam infamat, *arg. l. 1. ff. de his, qui not. inf.* *A Subjecto*

Aliæ REALES, quæ ſcilicet ſemel competentes Rei, ſeu Cauſæ inhærent, nec extinguuntur unà cum perſona, ſed etiam competunt hæredibus, ſociis, fidejuſſoribus; quales ſunt Exceptio rei judicatæ, Metûs, Doli, Macedoniani, Vellejani, & pleræque aliæ. PERSONALES, quæ non cauſæ, ſed perſonæ cohærent, ita, ut perſonâ extinctâ etiam evaneſcant, neque competant ſociis, aut fidejuſſoribus; cujuſmodi ſunt Exceptio competentiæ, vid. *l. 7. princ. ff. b. t. l. 24. & 25. de re jud.* Ceſſionis bonorum, *§. ult. de Replicat.* *A Forma*

Aliæ NOMINATÆ, quæ certum, & ſpeciale nomen in jure obtinent, ùt ſunt Exceptio Macedoniani, Vellejani, Non num. Pecuniæ Aliæ INNOMINATÆ, quæ ſpeciali nomine carent, totiéſque competunt, quoties alter iniquè agit; hinc æquitas ſuadet, ut reus conventus juxta Facti contingentiam excipiat, quo reducitur exceptio doli generalis, ſeu in factum, *§. 1. b. l. 14. ff. eod.* quæ toties competit (ad exemplum actionis in factum) quoties deficit exceptio nominata, *l. 21. ff. de præſ. verb.* *Ab Effectu*

Aliæ

Digitized by Google

Aliæ ſunt PEREMPTORIÆ, ſeu PERPETUÆ, quæ videlicet actionem perimunt, ſeu tollunt in perpetuum: Huc ſpectant Exceptio Doli, Metûs, Macedoniani, Vellejani, Rei judicatæ, Præſcriptionis &c. Aliæ DILATORIÆ, ſeu TEMPORALES, quæ actionem non perimunt, ſed ſolummodò differunt, & ad tempus excludunt, *§. 8. 9. & 10.. h. t.* quamvis & iſtæ alio ſenſu pariter ſint perpetuæ, uti infrà *n. ult.* videbimus. Et hæ rurſus vel reſpiciunt ipſum Proceſſum, vel Merita cauſæ. Illæ nuncupantur *Declinatoriæ Judicii.* Iſtæ *Dilatoriæ Solutionis:* Judicii Declinatoriæ rurſus aut reſpiciunt Perſonas Judicium conſtituentes, eáſque vel principales, ùt eſt Judex, Actor, & Reus, vel minùs principales, quales ſunt Procuratores, Defenſores: aut ipſum Proceſſum. Judici opponi poteſt exceptio *Incompetentiæ*, ſeu *Fori*, quòd nimirum non ſit competens, *l. ult. C. h. t.* *Præventionis*, quòd jam ab alio habente juriſdictionem cumulativam fuerit præventus, *l. 7. ff. de jud.* *Suſpicionis*, quòd fortè ob conjunctionem cum Adverſario, vel ob aliam probabilem cauſam ſit ſuſpectus, hinc poſſit recuſari, *arg. l. 17. & 47. ff. & l. 16. C. d. t.* Perſonis litigantibus opponuntur exceptiones legitimitatis, quòd ſcilicet non habeant legitimam perſonam ſtandi in judicio, vel, ſi ſit Procurator, quòd ſufficienti mandato non ſit inſtructus, vid. inſuper *§. ult. h.* Ajunt inſuper (cùm quibus facit *D. D. Franz h. n. 12.*) quòd Reum excludat exceptio *revocandi domum*, quæ competit Legatis in loco legationis conventis, *l. 2. §. 3. 4. & 5. ff. de jud.* Item Exceptio *de non Revocando*, quâ gaudent Principes Germaniæ, qui juxta *Ord. Cam. p. 1. tit. 7. & Capitulat. Car. VI. art. 16.* extra hujus fines comparere non tenentur: Sed vereor, num benè dicantur *repelli!* Meliùs dices, poſſe eos his exceptionibus, ſi velint, ſe tueri. Exceptiones, quæ reſpiciunt ipſum Proceſſum, iterum, aut verſantur circa modum procedendi, aliáſve circumſtantias, aut circa ipſum objectum in judicium deductum: Primi generis ſunt, Exceptio non præmiſſæ citationis, Omiſſæ litis conteſtationis, Inepti, Vitioſíque libelli, vel etiam Loci non tuti, Termini nimis anguſti: Poſterioris generis ſunt, Exceptio Pacti temporalis, quæ illi opponitur, qui promiſit, nolle ſe debitum intra certum tempus petere, ſi illo nondum elapſo petat, Exceptio plus petitionis, *§. 10. h.* Competentiæ, Ordinis, Diviſionis, de quibus nos alibi, Spolii, quia ſpoliatus ante omnia eſt reſtituendus, *tot. tit. de reſt. ſpol.* Plures harum ſpecies diſtinctè exhibet *Hopp. h. ad §. 10.* quò vide. Porrò Exceptiones hactenus recenſitas omnes eſſe *Juris*, exinde colliges, quia omnes in Actore jus agendi ſupponunt. Sic metu adactus, dolô inductus, fœmina fidejubens, non negant Actionem competere, cùm

Digitized by Google

contractus metu, dolóve initus, fidejuſſio à fœmina interpoſita valeant; interim tamen contendunt, ſe iniquè conveniri ob exceptionem ſibi competentem, uti patet ex *§. 1. & quatuor ſeqq. h. t.*

3 Meritò hic rogabis, cur jura ejusmodi negotia abſolutè non annullaverint; cùm utique meliùs ſit intacta jura ſervare, quàm poſt vulneratam cauſam remedium quærere, *l. ult. C. in quib. cauſ. in integ. reſtit. neceſſ. non eſt?* Non absque ratione hoc factum credas. Noluerunt jura negotia, in quibus adſunt abſolutè, & per ſe loquendo, requiſita ſubſtantialia, ob aliquas circumſtantias contra æquitatem hic & nunc emergentes univerſaliter annullare, omníque effectu deſtituere; cùm non raro etiam ipſius læſi interſit valere; ſed putârunt ſufficere, ſi ei indulgeant remedium ſe ſe, ſi voluerit, defendendi: Pro valore ejusmodi contractuum pugnat æquitatis ratio generalis, quæ ſemper durat, dictátque, ut, ſi adſint earum ſubſtantialia vim obtineant: Pro exceptione militat æquitas ſpecialiter tantùm quoad unum, vel alterum caſum, quo fortè ille, qui contraxit, metu ſit adactus, dolo inductus, quòd ille, qui fidejuſſit, ſit fœmina, qui mutuum accepit, ſit filiusfamilias, reſultans: Jam, cùm ejusmodi circumſtantiæ in ſubſtantia nihil immutent, neque conſenſum abſolutum, & ſimpliciter voluntarium tollant, ſimiliter & valorem intactum relinquunt. Nec exiſtimes velim, in effectu idem fore; num admittatur ſummo jure Actio, ſed elidibilis per exceptionem, num verò planè nulla dicatur ſubeſſe. Nam, ſi hoc? ſententia pro Actore lata nullius erit roboris, cùm deficiente prorſus actione tanquam objecto principali, ſententiam deficere oporteat, *arg. eorum*, quæ habet *Stryck. in Theſ. Jur. ff. de pact. num. 57.* hinc exceptio nullitatis etiam poſt ſententiam opponi poteſt, veluti docet Voët. *ff. h. t. num. 1.* ſi illud, valebit, eritque, niſi opponatur exceptio, executioni obnoxia, *arg. l. 11. ff. ad SC. Maced.* Accedit, quòd Judex ex officio nullitatis teneatur habere rationem, *arg. l. 23. §. 1. & Auth. ſi qua mulier. C. ad SC. Vellej.* non item exceptionis, cùm non ſciat, utrùm Reus illâ uti velit, vel non, prout argumento *d. l. 11. ff. ad SC. Maced.* deducitur. Neque his refragatur dictum Pauli in *l. 112. ff. de R. J. Nihil*, inquit, *intereſt, ipſo jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.* Nam hoc intelligi oportet, poſtquam fuit exceptio oppoſita, ac de ejus efficacia lata ſententia, qua vis actionis effectivè jam fuit eliſa.

4 Sanè, uti hoc nobis vix non certum videtur, ita ſine difficultate percipies, Exceptiones, uti Actiones ipſas, imò multò æquiùs, originem ſuam quoad ſubſtantiam à jure naturali, quod non patitur, ut quis ini-

iniquè condemnetur, ſed æquiſſimè defenſionem ſuggerit, trahere: Neque illud explicatione indiget, illas competere Reo (qui erit *Subjectum Activum)* ad Actoris (quem *Subjectum Paſſivum* methodicè dixeris) actionem, vel intentionem (en earum *Objectum)* elidendam. Adeóque ſupereſt, ut videamus, quis ſit modus, ſeu *Forma*, eas in judicium deducendi. Ut rectè deducantur in judicium, non tantùm, ſuppoſitô, quòd non ſint ſimpliciter negativæ, ſed factum aliquod, v. g. ſolutionem involvant, debent legitimè probari, prout de ſe notum eſt, tum ex vulgata regula, quòd Reus excipiendo fiat quaſi Actor, *l. 1. ff. h. t.* tum ex illo principio, quòd aſſerenti incumbat probatio, *l. 2. arg. l. 19. de prob.* ſed etiam debito tempore, & juxta ordinem proceſsûs opponi. Modus variat pro earum diverſitate. Eſt autem talis. Si ſint EXCEPTIONES DILATORIÆ, quæ reſpiciunt ipſum proceſſum, ſive deinde reſpiciant ipſas perſonas, ſive modum procedendi, regulariter ante litem conteſtatam opponi, probarſque debent, *arg. l. pen. & ult. C. h. t.* Ratio eſt in propatulo, cùm enim ejusmodi exceptiones tendant tantùm ad proceſſum differendum, ſi Reus illas non opponat, cenſetur in ipſum proceſſum modò ventilandum conſentire, adeóque eisdem renunciare. *Zoëſ. ff. h. t. num. 8.* Dixi: *Regulariter*, hinc limitanda concluſio, ſi primùm durante judicio (pone ſpolium commiſſum, *c. 4. h. t.)* naſcantur, vel notæ fiant, *l. 11. ff. h. t.* Aut etiam ſi gravamen ſucceſſivum, quales ſunt loci non tuti, termini nimis anguſti, contineant: Aut judicium reddant retrò nullum, uti facit exceptio falſi Procuratoris in *l. 24. C. de Procurat.* vel etiam illicitum, quò ſpectat exceptio excommunicationis: Hæ quippe Exceptiones (adde, ſi Reus ex juſta cauſa ſibi reſervaverit jus eas opponendi, *d. c. 4. h. t.* quia proteſtatio jus illæſum conſervat, *arg. l. 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.)* etiam poſt litem conteſtatam, imò, ſi faciant proceſſum nullum, etiam poſt ſententiam opponi poſſunt, *arg. citt. texx.* Ex quibus inſuper colliges, poſſe has exceptiones, fortè in prima Inſtantia omiſſas, adhuc in ſecunda, nempe in appellatione, opponi; quia cauſa appellationis incipit à litis conteſtatione primæ Inſtantiæ, conſequenter, quæ in prima Inſtantia poſt litem conteſtatam poſſunt opponi, admittuntur in ſecunda, eſto in prima fuerint neglectæ, & huc ſpectat Advocatorum illud decantatum refugium (quod & ad probationes extendendum) licere in ſecunda Inſtantia non deducta deducere, non probata probare, *vid. l. 4. C. de temp. appell. D. D. Franz h. num. 23.* Quòd ſi ſint Exceptiones Dilatoriæ reſpicientes merita cauſæ, poſſunt ad exemplum peremptoriarum probabiliùs tam ante-quàm etiam

poſt (hoc membrum eſt contra *cit. D. D. Franz ibid. n. 24. & alios*) litis conteſtationem opponi. Ita *Zanger de except. p. 2. c. 22. num. 13.* qui hanc ſententiam non probat, ſed veram ſupponit. Nos autem probamus exinde, quia ejusmodi Exceptiones, hoc ipſo, quod merita cauſæ reſpiciant, æquiparantur Exceptionibus peremptoriis, quorum naturam imitantur, dum ſemper objectum in judicium deductum, vel minuunt, vel planè tollunt. Accedit, quòd exceptio diviſionis, & ordinis, ſeu excuſſionis juxta ipſum *D. D. Franz loc. cit. num. 25. & 27.* quæ haud dubiè, illóque fatente, ad harum ſpecies pertinent, etiam poſt litem conteſtatam poſſint opponi, id, quod de priori ſatis conſtat ex *l. 10. §. 1. C. de fidejuſſ.* ergo idem dicendum de aliis ob eandem rationem. Adducit quidem memorat. *D. D. Franz ubi ſuprà* pro firmanda ſua opinione *l. 9. verſ. habita exceptionis conteſtatione &c. & l. 12. C. h. t.* Item *l. 19. C. de probat.* quæ ſic habet: *Exceptionem dilatoriam opponi quidem INITIO probari verò, poſtquam Actor monſtraverit, quod aſſeverat, OPORTET.* Quid clariùs? Sed vix invenies quidquam, quod nobis obſtet, ſiquidem *Prima* intelligi poteſt de exceptione peremptoria, & inſuper eſt concepta ad ſpeciem facti, ubi Reus excipiendo (non ſimpliciter negando) litem conteſtatus eſt, quod tamen non importat neceſſitatem. *Altera* pariter intelligenda eſt de aliis Exceptionibus dilatoriis; aliàs nimiùm probaret, dum etiam comprehenderet exceptiones diviſionis, & ordinis. *Tertia*, ſumi debet in ſenſu hypothetico, id eſt, ſuppoſitò, quòd exceptio dilatoria initiò fuerit oppoſita, nondum tamen probata, probari debet ſaltem poſt litem conteſtatam, & ante ſententiam, exemplò exceptionum peremptoriarum. Deinde advertis utique, hunc textum pariter nimis eſſe generalem, cùm loquatur de omnibus exceptionibus dilatoriis: Idcirco non deſunt, qui emendant, & loco *Dilatoriam* ſubſtituunt *Peremptoriam*, qua emendatione non indigemus, ſed illud potiùs adnotamus, ly *oportet* non debere tam rigorosè accipi, cùm nullibi prohibitum ſit, abſolutè loquendo, Exceptiones quaſcunque ab initio non tantùm opponi, ſed etiam ſi probatio indubitata præſtò ſit, pro abbrevianda lite, vel impediendo proceſſu ſtatim probari: Ut nihil dicamus, hos textus omnes eſſe conceptos de tempore, quo adhuc obſervabatur proceſſus formularius, primùm (*arg. l. 2. Cod. de form. impetr.*) *Anno 428.* perfectè abrogatus. Quis autem in antiquitatibus adeò peregrinus eſt, qui ignoret, debuiſſe eo tempore, ſaltem in negotiis Stricti juris, omnes exceptiones coram Prætore, qui formulam dabat, adeóque ante-vel in ipſa litis conteſtatione opponi? Paulò aliter *Huber. ff. h. num.*

h. num. 1. & 2. quem omnino vide. (a) Eáque adde, quæ habet *ibid. num.* 4. ubi ſuam opinionem ad praxim reducit. EXCEPTIONES PEREMPTORIÆ proponi in quacunque judicii parte, adeóque tam ante-quàm poſt litem conteſtatam poſſunt; probari tamen debent ante ſententiam (imò meliùs, usque ad concluſionem in cauſa) *l.* 4. 8. & 9. *C. h. t.* quibus jungi poteſt *l.* 2. *C. ſent. reſc. non poſſ.* Nec non ea, quæ habet Pagenſt. in *Theſ. Jur. h. num.* 49. Ratio prioris eſt, quia licita eſſe debet quacunque judicii parte defenſio. Ratio poſterioris eſt, quia ſententiâ lis jam eſt deciſa, adeóque ulterioribus probationibus janua jam præcluſa. Duplex hic occurrit limitatio. Prima, quòd, ſi ſint exceptiones litis finitæ, nempe rei judicatæ, jurisjurandi, & transactionis, debeant ab initio, & ante litem conteſtatam opponi, *arg. c.* 1. & 2. *de lit. conteſt. in* 6. Ratio eſt, quia impediunt novum proceſſum, poſtquam

(a) Ait opponi poſſe in quacunque judicii parte, quamdiu in cauſa non eſt concluſum, modò illarum conteſtatio ab initio præceſſerit. *l.* 8. & 9. *C. h. t. l.* 9. *C. de præſcript. long. temp.* quæ tamen in bon. fid. judiciis non videtur fuiſſe neceſſaria, quia in his exceptiones ex regula juris antiqui ipſo jure inerant. *l.* 3. *C. de reſc. vend. l. ult. ff. de hær. pet. l.* 84. §. 4. *ff. de legat.* 1. Formula enim in his judiciis (quæ olim juxta Cic. *Lib.* 3. *de off.* & *paſſ. in orat.* dicebantur arbitraria) erat: EX BONA FIDE; vel: UT ÆQUIUS MELIUS; vel: INTER BONOS BENE AGIER. Ea ita intelliges, quæ habet Seneca *Lib.* 1. *de Benef. c.* 7. Item *Lib.* 2. *de Clement. Liberum* (inquit hic) *arbitrium habet, non ſub formula judicat.* His lucem ſubminiſtrant verba Ciceronis in *orat. pro Roſcio.* „Quid eſt in judicio? directum, aſperum: ſeptingenta „petis: datur formula: ſi paret, ſeptingenta dari oportet, ſi hoc planum non facis, „ cauſam perdis. Quid eſt in arbitrio? Mitte, moderatum quantum æquius & me- „ lius, id dari.„ Ex qua Judiciorum differentia optimè deducit *Pralaudat. Huber.* in judiciis arbitriis (nobis b. f.) admitti exceptiones etiam in decurſu, non item in ſtricti juris. Hodie ſublatis formulis ceſſabit hæc differentia *arg. d. l.* 8. & 9. *C. h. t.* & ſufficiet, dummodò conteſtentur initio; eſto illas Reus non ſtatim proſequatur, poteſt enim exſpectare, num Actor probet; aliàs exceptionem opponere, erit ſuperfluum. Hæc *cit. Author.* His ſuppoſitis facilè autumat, *l.* 10. §. 1. *C. de fidejuſſ.* (de qua nos ſuprà in *Append. ad tit. de Act. num.* 71.) non eſſe emendandam, ſed poſſe retineri; ſufficit enim, quòd exceptiones ſint initio conteſtatæ, ſeu propoſitæ. Verùm cùm textus conteſtationem initio præmiſſam fuiſſe, nihil memoret, datæ ibid. opinionis non pœnitet, præſertim cùm etiam Huberus, quò minùs manus Triboniani textum ad ſui temporis uſum accommodantis acceſſerint, non intercedat. Cæterùm nec illud admittimus, uti ex dictis patet, debere ſublatis formulis has exceptiones fuiſſe initio conteſtatas, cùm æquiparentur peremptoriis, quæ qualibet judicii parte poſſunt opponi. Imò ipſe Author pro regula tradit *ibid. num.* 4. hodiernis moribus ſufficere generalem conteſtationem, qua Reus non aliter libellum admittere ſe declarat, quàm *ſalvis exceptionibus & defenſionibus.* Et hæc cautela omninò eſt ſuadenda. Interim generaliter notatum, volumus ſæpè occurrere veſtigia juris veteris, ubi haud dubiè ex alibi dictis, erant initio conteſtandæ, ſeu proponendæ.

Digitized by Google

quam enim judicatum, juratum, vel transactum eſt, non ampliùs datur locus quæſtioni, an debeatur? ſed an judicatum, juratum, aut transactum ſit? Altera eſt, quòd, ſi ſint Exceptiones, quæ reddunt proceſſum nullum, ùt eſt exceptio conſanguinitatis in matrimonio, vel, quæ non tam actioni, quàm potiùs executioni modum præfigunt, quales ſunt Exceptiones SCti Macedoniani, Vellejani, *l. 11. ff. ad SC. Maced.* Compenſationis, *l. 2. C. de Compenſat.* Competentiæ, *l. 41. §. fin. ff. de re jud.* poſſint etiam juxta *citt. texx.* poſt ſententiam ad Executionem impediendam opponi.

5 Effectus, utì ex dictis eruitur, variat pro diverſitate Exceptionum, quarum aliæ proceſſum differunt, nempe dilatoriæ ſimplices; vel quoad partem quandoque minuunt, quandoque etiam per accidens tollunt, uti dilatoriæ, quæ merita cauſæ reſpiciunt: Aliæ intentionem Actoris perimunt, ſi ſint Facti: Aliæ Actionem elidunt, ſi juris: Aliæ omninò Executionem impediunt, uti hactenus dicta recolligenti apparebit. Et harum efficacia, ſeu robur in perpetuum durat, cùm, quæ ad agendum ſunt temporalia, ad excipiendum ſint perpetua, *arg. l. 5. & 6. C. h. t.* Ratio redditur in *l. 5. §. fin. ff. de dol. mal. & met. except.* *Cùm Actor*, inquit ibi JCtus, *in ſua poteſtate habeat, quando utatur ſuo jure, is autem, cùm quo agitur, non habet poteſtatem, quando conveniatur.* Illud lubentes damus, actione tempore ſublata, non ampliùs obtinere exceptionem propriam, ſeu juris; ſed tantùm impropriam, ſeu facti. Limitatur tamen ſuperior regula in iis Exceptionibus, quæ poſſunt opponi per modum actionis, ùt eſt exceptio non numeratæ pecuniæ, inofficioſi teſtamenti &c. quia in his ceſſat data ratio. *Hopp. h. ad §. 8.* Illud ſilentio præterire non poſſumus, permiſſum eſſe Reo pluribus exceptionibus non tantùm ſimul, & ſemel; ſed etiam ſucceſſivè uti, quia textus in *l. 5. & 8. ff. h. t. & l. 43. pr. ff. de R. J.* non diſtinguunt, jungatur, *cap. 4. h. t.* & ea, quæ habet *D. D. Franz. h. num. 21.* At, cur Actori non licet plures actiones circa eandem rem cumulare? Quia Actor ſpontè venit, hinc illius laceſſendi libertas ad unum armorum genus reſtringi faciliùs potuit, quàm defendendi neceſſitas in Reo, qui coactus venit. Neque illud intactum relinquere licet, num Excipiens, v. g. ſe ſolviſſe, cenſeatur, fateri intentionem Actoris? Et Negativa deciſa eſt ab Innocentio III. in *c. 6. h. t.* & breviùs tum à Marcello in *l. 9. ff. eod.* *Non utique exiſtimatur*, inquit, *confiteri de intentione Adverſarius, cum quo agitur, quia exceptione utitur.* Tum à Regula Juris in *cap. 63. de R. J. in 6.* ibi: *Exceptionem objiciens non videtur de exceptione Adverſarii confiteri.* Ratio eſt, quia, eſto dicam, me ſolviſſe, non ſequitur, quòd

Digitized by Google

quòd debuerim, cùm non rarò ſolvatur indebitè? Inde fluit, quòd, quamvis Excipiens ſuam exceptionem non probaverit, adhuc, Actore non probante, debeat abſolvi. *Magnif. P. Schmier lib. 2. tr. 3. c. 10. n. 71, & ſeqq.* ubi etiam reſpondet ad contraria.

TITULUS XIV.

De Replicationibus.

RAriſſimè Actor, imò vix unquam ad exceptionem rei victas tradit manus; ſed ulteriùs tendit, conatúrque exceptionem ſibi oppoſitam, alia æquitate ſubnixus denuò elidere, unde ſequitur REPLICATIO, quæ eſt exceptionis eliſio. *Interdum enim evenit*, ait Imperator *hic in pr. ut exceptio, quæ prima facie juſta videtur, tamen iniquè noceat, quod cùm accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi Actoris gratiâ, quæ Replicatio vocatur.* Finge, pacto remiſſorio, ſeu liberatorio ſupervenisse reſtitutorium: Jam agerem tecum ex ſtipulatu; Tu exciperes, me tibi obligationem remiſiſſe: Nónne juſtè replicarem, fuiſſe rurſus per pactum reſtitutorium in priorem ſtatum repoſitam? Vid. notabilis textus in *l. 27. §. 2. ff. de pact. & Vinn. h. ad §. 1.* Rurſus evenit, ut etiam ipſa Replicatio ſit iniqua, unde ſequetur DUPLICATIO, tanquam Replicationis eliſio, *§. 1. h.* Et, ſi ipſa Duplicatio æquè iniquitatem contineat, TRIPLICATIONE, quæ pariter eſt Duplicationis repulſio, erit ſubvertenda, *§. 2. h.* &, ſi hæc rurſus iniquitate laboret, opponenda eidem foret QUADRUPLICATIO Triplicationis eliſiva: ergo dabitur, inquis, proceſſus in infinitum? Ita videtur ex *§. 3. h.* cùm varietas negotiorum exceptiones hinc inde induxerit: ita etiam reverà foret, niſi Judex litigantibus modum præfigeret. Unde etiam in *Ord. Cam. part. 3. tit. 26. §. 2. & tit. 20. §. ult.* ſaluberrimè ſtatutum legitur, ne in Exceptionibus Dilatoriis ultra Duplicam, in Peremptoriis ultra Quadruplicam procedatur. Quî ergo rogas, Proceſſus fiunt immortales? Sæpè malitia, aut contumacia litigantium, ſæpè etiam alia incidentia, quæ circa articulos hinc inde occurrentes emergunt, proceſſus ultra modum, ac ſpem extendunt. At praxis inexpertus, nondum poteris tibi figurare caſum, quomodo uſque ad Quadruplicam perveniri poſſit. Habes hic: Meo inſtinctu Titius te dolosè induxit ad emendum à me equum, quem jactaverat artis equeſtris optimè peritum; aliàs quippe non emiſſes. In hac ſpecie facti facilè uſque ad Quadruplicam devenie-

Digitized by Google

mus. *Agerem* contra te ad pretium. Tu *Exciperes.* Te fuiſſe dolô deceptum. Ego *Replicarem*, fuiſſe tantùm dolum accidentalem. *Duplicabis*, dolum illum dediſſe cauſam contractui. *Triplicabo* hoc mihi non nocere, cùm fuerit à tertio commiſſus. Tu tandem juſtè *quadruplicabis*. Me de dolo illo participâſſe, imò ejus principalem cauſam fuiſſe, conſequenter iniquè à te petere &c. Fingamus alium. Fœmina non certiorata de ſuo privilegio fidejubet jurato. Agis contra illam; opponitur *Exceptio* Vellejani. *Replicabis*, eidem renunciâſſe. *Duplicatur*, non fuiſſe de ſuo privilegio debitè edoctam. *Triplicas*, juramentum interveniſſe. *Quadruplicatur:* etiam juramentum ſe non extendere ad incognita. Aliud exemplum deducit Schambog. ad *§. 2. h. ex l. 112. pr. ff. de O. & A.* Solet autem quilibet cauſæ Patronus ſuas exceptiones conſuetis (utinam non ſæpè inutilibûs, & planè impertinentibûs) Juris allegationibûs, quibûs quandoque in immenſum, & non rarò ad nauſeam ſeu Referentis, ſeu Judicis, folia extenduntur, fulcire. Illud miraberis, quod in *l. 7. §. 1. ff. de curat. furioſ.* Reus Triplicare dicatur, cùm id Actoris eſſe partium, liqueat tum ex datis exemplis, tum ex *§. 2. de except.* Intelligitur ibi Duplicatio fortè ideo ibi dicta *Triplicatio*, quia eſt de ſe tertia. Nam *Prima* eſt Exceptio, *Secunda* Replicatio, *Tertia* Duplicatio.

TITULUS XV.

De Interdictis.

POſtquem Imperator noſter Actiones omnes, quæ oriuntur ex tribus ſpeciebus Juris in re, nempe Dominio, Servitute, & Pignore explicuit, tandem ad remedia, quæ ex poſſeſſione, utpote quarta ſpecie Juris in re, vel ſaltem ejus occaſione, naſcuntur, ſe convertit, ſúntque Interdicta, quaſi inter duos (dic potiùs cum Vinn. *h. ad §. 1. in fin. INTERIM*) dicta *§. 1. in fin. h.* jung. *Voët. ff. eod. num. 1. Gottofr. ibid. in not. ad banc Rubric. Erant autem Interdicta* (ita referente Triboniano in *pr. h.*) *formæ, atque conceptiones verborum, quibus Prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maximè fiebat, cùm de poſſeſſione, aut quaſi poſſeſſione inter aliquos contendebatur.* (a) Praxis, ita exhibente Hu-

(a) Originem Interdictorum accuratè exponit Heinec. *h. t.* Controverſiæ, inquit, aut de JURE erant, aut de POSSESSIONE. Si illud Actor actionem inſtituebat, & dicebatur PETERE. Si verò poſſeſſionem vel adipiſci, vel retinere, vel recuperare vellet (quæ

Hubero *h. num. 1.* hæc erat. Prætor ad poſtulationem ejus, qui circa poſſeſſionem ab alio ſe lædi quærebatur, Adverſarium vocabat: cauſâ obiter cognitâ, certam verborum formulam concipiebat, jubens aliquid, aut vetans fieri; quòdſi Adverſarius Interdicto non paruiſſet, & res dubio carebat, decretum ſuum exequebatur, ſi verò plus ſcrupuli apparebat, actionem, atque judicium, conſtituto Judice pedaneo, *arg. l. 21. ff. quod vi, aut clam.* dabat; veluti colligitur ex *l. 1. §. 2. ff. ſi ventr. nom. mul. & l. 3. pr. ff. ne vis fiat. ac Vinn. h. ad princ. num. 1.* Quid hodie ſint, videbimus infrà; priùs prælibanda ſunt aliqua de Poſſeſſione, circa quam Interdicta unicè verſantur, unde ſit

PARS I.

§. Unicus.
De Poſſeſſione.

1 Poſſeſſio juxta vulgatam Editionem *appellata* eſt (ùt Labeo apud Paulum in *l. 1. pr. ff. de A. v. A. P.* ait) *à pedibus, quaſi poſitio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei inſiſtit, quam Græci κατοχὴν dicunt.* Econtra juxta Florentinam derivatur *à ſedibus*, ſeu *poſitione ſedium.* Quamcunque acceptionem fueris amplexus, colliges in hoc ſenſu ſumi formaliter pro rei detentione, quæ propriè eſt hujus loci. Interim tamen ex dictis *l. 2. tit. 1. num. 11. & 21.* jam notum eſt, ſumi etiam effectivè pro jure, quod exinde oritur, conſiſtens in facultate percipiendi fructus, aliáque commoda ex ipſa re poſſeſſa emergentia, quò præter *l. 48. de A. R. D. §. 35. Inſt. de R. D.* alióſque textus *ibid. citt.* etiam ſpectat *l. 44. pr. & l. pen. pr. ff. de A. v. A. P.* item *l. 3. §. 12. ff. ad exhib.*

 For-

(qua de re plerumque ante inſtitutas actiones reales controverſia incidebat) non petere, aut agere, ſed INTERDICERE dicebatur. Interdicere igitur olim (ſecùs Jure Pandectarum *l. un. pr. ff. ut in flum. publ. l. 1. §. 29. ff. de aq. quot. l. un. pr. ff. de font.*) non erat Prætoris, ſed ejus, qui poſſeſſionem quærebat, adeóque idem erat, ac interdictum à Prætore poſtulare, vel eodem uti. Quintilianus Inſt. III. 6. *Non debuiſti INTERDICERE* (id eſt interdicto uti) *ſed PETERE* (id eſt actionem petitoriam inſtituere) *an rectè interdictum ſit? ambigitur:* Sub hac ſignificatione vox *INTERDICERE* occurrit in *l. 1. §. pen. ff. de via. l. pen. ff. ne quid in loc. publ. l. 3. ff. de tab. exhib.* vid. Briſſ. *de V. S.* voce: *Interdicere.* Si igitur quis juſtè poſſeſſionem petebat, ſeu *INTERDICEBAT* (*vid. l. 1. §. 5. ff. uti poſſ.*) Prætor *INTERDICTUM* dabat, formulâ uſus, qua aliquid fieri vel jubebat, vel vetabat, nil ta-

Formaliter, & in priori ſenſu conſiderata definitur communiter, quòd ſit *Detentio rei animo illam ſibi habendi.* Dicitur *Detentio:* In hac enim formaliter & eſſentialiter conſiſtit, *arg. l. 15. §. fin. ff. ex quib. cauſ. maj.* hinc eſt, quòd facti eſſe dicatur in *l. 1. §. 3. & 4. l. 3. §. 5. de A. v. A. P.* quatenus nimirum à facto acquiſitionis dependet, eſto ſemel acquiſita Jus (intellige intranſitivè) pariat *l. 49. §. 1. ff. d. t.* conſequenter, quibus Jus planè reſiſtit, non dicuntur poſſidere, *vid. l. 30. §. 1. & 3. ff. d. t. & c. 7. de praeſcript.* Dicitur: *Rei*, & quidem, ut ſit verè talis, *Corporalis:* Res quippe incorporales tantùm *quaſi poſſideri* dicuntur, *arg. l. 3. pr. ff. eod. l. 10. pr. ff. ſi ſerv. vind. l. 23. §. 2. ff. ex quib. cauſ. maj.* Dicitur: *Animo illam ſibi habendi*, cùm non ſufficiat nuda, & pura detentio phyſica, ſeu naturalis, ſed opus ſit, ut quis ſuo, non alieno nomine rei incumbat, ceu datur intelligere apud Ulpianum in *l. 10. ff. de A. v. A. P.* ubi ſimul advertitur, aliud eſſe *poſſidere*, & aliud *in poſſeſſione eſſe*; ſicut aliud eſt eſſe *ſervum*, quod juſtam, aliud eſſe *in ſervitute*, quod injuſtam ſervitutem indicat. *Hopp. ad §. ult. de Ingen.* *Poſſidere* itaque is dicitur, qui rem ſuo nomine per ſe, vel per alium, putà Commodatarium, Depoſitarium, aut Colonum tenet, *§. 5. h. t.* In poſſeſſione eſſe dicuntur, qui non ſibi, ſed alteri poſſident, quales ſunt Depoſitarii, Commodatarii, Coloni: Priorem poſſeſſionem vocamus propriam, *l. 1. §. 3. & 20.* ac notabiliter, *l. 3. §. 3. ff. de A. v. A. P.* Poſteriorem dicimus impropriam, *arg. d. l. 3. §. 20. l. 24. & 49. §. 1. ff. d. t. l. 9. ff. de R. V.*

2 Poſſeſſio ita explanata dividitur communiter immediatè in Naturalem & Civilem: Sed, quia mirè variant in ejuſdem explicatione, uti videre eſt apud *Clariſſ. D. P. Böckhn Comment. in Univ. Jus Canon. ad tit. de cauſ. poſſ. & propr. num. 6.* placet, diſſimulatis extremis, mediam aliam

tamen circa ipſam cauſam principalem decernendo. Habes exemplum: UTI NUNC POSSIDETIS EUM FUNDUM *q. d. a.* (*id eſt, quo de agitur*) QUOD NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, ITA POSSIDEATIS. ADVERSUS EA VIM FIERI VETO. Ulpianus in *l. 1. ff. uti poſſ.* quae prohibitiones etiam ad res & loca ſacra extendebantur, ut praeſtant integrae rubr. cum ſuis nigris *ad l. 53. Digeſt.* Quòd ſi dato Interdicto pars altera negaret, interdictum jure fuiſſe contra ſe petitum, dabatur Judex, qui hac de re cognoſceret, ferrétque ſententiam, ac litem, ſi ita ferret caſus, aeſtimaret. *l. 1. §. 41. ff. de vi & vi arm. l. 3. §. ult. ff. uti poſſ. l. 3. §. 1. ff. de itin. act. priv.* cujus aeſtimationis nomine interponebantur invicem ſponſiones. *Cicer. pro Caecin. VIII. & XVII.* Hinc facilè conſtat, altero negante ſe interdicto teneri, debuiſſe litigantes ad judicium ordinarium remitti. *l. 1. §. 2. ff. ſi ventr. nom. mul.* Jam ad inſtar horum interdictorum introductae ſunt etiam cognitiones extraordinariae, quae illis aſſimulantur. *l. 3. C. de interdict. l. 2. & 4. C. unde vi. l. ult. C. de libert. exhib. l. ult. C. de O. & A.*

Digitized by Google

aliam viam monſtrare, quam hactenus, quantum conſtat, nemo trivit. Si placet, ſequere. Poſſeſſionem propriam priùs dividimus in ſtrictè, & minùs ſtrictè (vel, ſi mavis, in ſtrictiſſimè, & ſtrictè) Hanc dicimus, quando quis ſibi quidem poſſidet, ſed ſine animo dominii: Ita poſſidet creditor pignoratitius, aut qui precariò rem ſub tali poſſeſſione obtinuit, *l. 13. §. 1. ff. de publ. in rem act. junct. l. 10. §. 1. l. 17. ff. de A. v. A. P. l. 22. §. 1. ff. de nox. act.* Ita poſſidet Uſufructuarius, *l. 12. pr. ff. de A. v. A. P. l. 3. §. 13. de vi & vi arm. l. ult. ff. uti poſſid.* in quibus omnibus textibus præfatis perſonis poſſeſſio adſcribitur. Illam nempe ſtrictam, ſeu ſtrictiſſimam appellamus, qua quis rem tenet animo dominii, ſeu habendi rem, ùt ſuam, & hæc enarratis poſſeſſoribus denegatur in *l. 15. §. 1. 2. & 3. ff. qui ſatisd. cog. in l. 1. §. 8. ff. quod legat. & l. 6. §. 2. ff. de precar.* uti textus probè conſideranti patebit. Regeres quidem, poſſeſſionem, quam nos minùs ſtrictam dicimus, eſſe nudam detentionem, quæ etiam competit Depoſitàriis, Commodatariis, Colonis, & nullatenus meretur nomen poſſeſſionis: Sed incaſſum! Lata enim eſt inter hos, & illos diſparitas, ſiquidem ejusmodi detentoribus neque ullum jus in re, nec aliquod interdictum competit; uti prioribus, ſed prorſus nomine alieno tanquam miniſtri poſſident, uti clarè habetur in *§. 5. b.* ubi nec jota habetur de Uſufructuario, vel Creditore, cùm non aliis, ſed ſibi poſſideant; hinc malè, atque contra juris intentionem confunduntur. (a) Neque his refragatur, quòd etiam iſtis poſſeſſio naturalis adſcribatur in *l. 7. §. 11. ff. com. divid. l. 2. §. 1. ff. pro hæred.* Nam ibi ſumitur poſſeſſio naturalis à modo talis, quæ nimirum conſiſtit in detentione corporali, quò etiam reſpexit Ulpianus in *l. 38. §. 7. ff. de V. O.* Ex quibus ſimul patet, poſſeſſionem, quam uſufructuario, atque creditori attribuimus, eſſe adhuc propriam, quatenus hi poſſeſſores SIBI poſſident, atque per hoc diſtinguuntur à nudis detentoribus; & nihilominus eſſe mi-

(a) Id, quod cum aliis facit Voët. *ff. h. de A. v. A. P. num. 3.* qui poſſeſſionem naturalem (à cauſa) his omnibus tribuit; ſed profectò invitâ Jurisprudentiâ. Error exinde fluit, quòd confundant OPINIONEM & ANIMUM dominii. Putásne benè? Imò peſſimè! Fur habet animum retinendi ùt dominus, ſed non opinionem. Inſuper & illud obſervandum, multùm inter ſe differre, SIBI poſſidere. & ANIMO DOMINII poſſidere: Creditor & Uſufructuarius ſibi poſſident: at non animo dominii. Econtra Commodatarius, Depoſitarius &c. alteri, nullatenus ſibi poſſident. Utique, inſis cum Voetio, ille habet commodum utendi, fruendi, quod maximè etiam verificatur de Conductore. Habent; ſed nullatenus vi cujusdam juris in re, & cum aliquo effectu poſſeſſionis. Neque enim his competit aliquod interdictum, multò minùs aliud jus in re, ſicut Creditori, Uſufructuario &c. Cùm igitur deficiant effectus juris in re, ac poſſeſſionis, tam illud, quàm hæc deficiat, neceſſum eſt. Natura quippe rerum moralium ab effectu menſuranda eſt.

minùs ſtrictè talem, quatenus contradiſtinguitur ab ea, qua quis poſſidet animo dominii. Profectò creditorem extra cauſam dominii verè poſſidere, extra dubium ponit Javolenus in *l. 16. ff. de uſur. & uſuc. Servi nomine, ait ibi, qui pignori datus eſt, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum eſt, quia, qui pignori dedit ad USUCAPIONEM TANTUM POSSIDET, quod ad reliquas OMNES cauſas pertinet, qui accepit, poſſidet, adeò, ut addici poſſit, & poſſeſſio ejus, qui pignori dedit.*

3 Poſſeſſio igitur propria ſtrictè, ſeu ſtrictiſſimè talis. Alia eſt Naturalis, alia Civilis. NATURALIS (quod vocabulum etiam minùs ſtrictæ applicari ſuo ſenſu poteſt) eſt detentio rei animo illam ſibi habendi, ùt ſuam, ſed ſine opinione dominii: taliter poſſidet fur, & omnis alius, qui rem ùt ſuam retinet, cùm tamen ſciat, ſe non eſſe dominum, CIVILIS eſt detentio rei animo illam ſibi habendi, ùt ſuam cum opinione dominii, ſive directi (quamvis non ita omnes) ſive utilis. Ita poſſidet quilibet dominus, vel bonæ fidei poſſeſſor: Cæterùm, non eſſe confundendam poſſeſſionem naturalem, & civilem, cum modo poſſidendi civili, & naturali, uti ſumitur in *l. 10. C. de A. & R. P.* notavimus ad *tit. de uſucap. num. 23.* Alia rurſus juſta; alia injuſta, *l. 2. l. 3. pr. ff. uti poſſ.* JUSTA, quæ juſto titulo munita eſt. INJUSTA, quæ juſto titulo deſtituitur, *d. l. 13. §. 1. ff. de publ. in rem act. l. 3. §. 5. junct. l. 11. ff. de A. v. A. P.* Alia demum Bonæ, alia Malæ fidei. BONÆ FIDEI eſt, quando poſſeſſor credit, ſe licitè poſſidere, MALÆ FIDEI, quando ſcit, ſe non legitimè poſſidere: Traditur hæc diviſio in *d. l. 3. §. 22. ff. de A. v. A. P.* Neque confundas, ùt aliqui contra artis noſtræ principia faciunt, poſſeſſionem Bonæ fidei cum Juſta, & Malæ fidei cum Injuſta: Nam, qui rem alienam ſcienter à non domino emit, mala fide utique poſſidet, & tamen juſtè, quia titulo munitus eſt; valere quippe venditionem rei alienæ, juxta Ulpianum in *l. 28. ff. de contr. empt. vend.* nulla dubitatio eſt. Huc etiam facit *l. 48. §. 1. ff. de A. R. D.* Econtrà poteſt quis bona fide poſſidere, & tamen injuſtè, puta, ſi bona fide emerim à minorenni, quem prudenter majorennem putabam, *l. 27. ff. de uſur. & uſuc.* potiùs hæc diviſio coincidit cum poſſeſſione naturali, & civili. Jam ad modos acquirendi.

Verùm heus tu (ita alloquentem præſagior) antequam ulteriùs pergas, expone, quas venditas, merces; Effare, ſi audes; utrùm poſſeſſio ſit ſpecies juris In re? Jam hoc profeſſus ſum *lib. 2. tit. 1. part. 1. §. 3. n. 11.* Tu verò illo vectigali haud contentus cum Hubero *h. n. 2.* Replicas: Jus in re ex conſenſu omnium eſt, quod rem afficit: rem devinctam tenet. Non eſt aliter, ſed iſta etiam poſſeſſioni competunt, cùm poſ-

Digitized by Google

poſſeſſor contra quemcunque turbantem poſſit ſe defendere, *l. 2. ff. uti poſſ. l.* Regeris. At non contra quemcunque poſſeſſorem, cùm, ſi res ſit erepta, confeſtim ceſſet, *l. 15. ff. de A. v. A. P. l. 5. ff. de uſurp. & uſuc.* nec ulla ſuppetat actio *In rem* ad illam recuperandam, *l. 7. C. unde vi.* Transmittimus iſta, negamus tamen, eſſe de ſubſtantia juris in re, vel ſe habere ùt proprietatem, quod ajunt, quarto modo: Hoc quippe nec Huberus, ſalvis ſuis principiis, admittere poteſt; ſiquidem juxta illum jus hæreditarium eſt jus in re, nec tamen parit actionem contra quemcunque poſſeſſorem, ſed tantùm contra illum, qui pro hærede, vel poſſeſſore poſſidet: Jus, quod Prætor bonæ fidei poſſeſſori affingit, pariens actionem publicianam, ſæpè eſt jus in re, eſto non omnes poſſeſſores, ſed tantùm infirmiori jure tenentes reſpiciat. Ad ſalvandam itaque eſſentiam juris in re ſufficit, quòd rem immediatè afficiat in ordine ad quemcunque, qui illud habentem turbat. Id, quod etiam præſtat poſſeſſio, *d. l. 2. ff. uti poſſid.* ſed inſtat Huberus. Quid ineptius, rogat, à Viris doctis excogitari poteſt, quàm ut is, qui poſſidet, in rem adverſus poſſidentem agere dicatur, cùm is, qui rem poſſidet, non agat *§. 2. b.* At gratis, ne [illegible] hac ineptiùs, ſupponit Vir Præſtantiſſimus, jus in re abſolutè in [illegible] conſiſtere, ut ex illo agi poſſit contra quemcunque poſſeſſorem ad reſtitutionem, cùm tamen ejus ſubſtantia ſalvetur, ſi, quamdiu durat, rem immediatè afficiat, atque poſſidenti ſubjiciat: quòd autem, ſi ad alium pervenerit, poſſit ab illo repeti, eſt tantùm proprietas reſultans, & ne quidem, ùt notavimus, quarto modo; ſed potiùs quid naturale, non omni juri reali in genere; verùm tantùm ſingulariter pro hac, vel illa ſpecie ſumpto, conveniens. Illud inſuper jam diu faſſi ſumus *loc. ſupra cit.* eſſe jus debilius, quod, ut facto tum juſto, tum injuſto acquiritur; ita pariter facto utroque amittitur. Hæc, & dicta alibi Hubero deberent ſufficere: Sed minimè: Inſtat ulteriùs *d. l. num. 10.* Tolle, inquit, facultatem agendi contra quemcunque poſſeſſorem, & deſtrues ſubſtantiam juris in re, quæ unicè in hoc (ut ſeparetur à jure ad rem) conſiſtit. Non tollimus, ſed damus poſſeſſori facultatem, poſſeſſionem defendendi, & agendi, quamdiu poſſeſſio durat, contra quemcunque poſſeſſorem, ſeu potiùs turbatorem, quòd autem faciliùs ſit amiſſibilis, non deſtruit eſſentiam, ſed ſpeciem debiliorem facit. (a)

Por-

(a) Aliam viam tentavit Gottlieb. Sturm. *Diſſ. Inaug. de Genuin. poſſeſſ. Indol.* Clariſſ. hic Author Jus RERUM diſpartitur in Jus IN RE, AD REM, & (en! ſuperaddit tertiam ſpeciem) JUS POSSESSIONIS. Contendit itaque poſſeſſionem nec eſſe Jus in Re, nec ad Rem; ſed Jus quoddam tertium. Suam ſententiam colorari (optimè dicit *colorari*, quia præter colorem vix quidquam veritatis continet) poſſe exiſtimat (I.) ex

L. 1.

4 Porrò modos acquirendi poſſeſſionem quod attinet, (veniunt nomine *Cauſæ Efficientis*) unicus eſt, nimirum apprehenſio, quam in rebus alicujus, ut juſta ſit (ſecùs ſi injuſta, vel malæ fidei) præcedit traditio *propriè talis* in rebus corporalibus, in incorporalibus (niſi acceſſoria unà cum re corporali tradantur) *quaſi talis*, quæ in juribus affirmativis per uſum unius, & patientiam alterius, in negativis per prohibitionem, & acquieſcentiam perficitur, ſeu fieri intelligitur. Sed quot actus erunt neceſſarii? Si non ſoleant concedi ex amicitia, fortè quòd valdè ſint præjudicioſi, ùt electio, præſentatio, poterit etiam unus, aut alter ſufficere; ſecùs pluribus, arbitrio tamen Judicis, habito pro re nata reſpectu ad majus, vel minùs præjudicium reſultans, determinandis, opus erit. Latiùs *Magnif. P. Schmier tom. 2. lib. 3. cap. 6. ſect. 2. §. 1. à num. 49. uſque ad 56.* revid. inſuper dicta *ad tit. de rer. diviſ. part. 2. ſect. 1. §. 2. n. 9. & 10.* Quibus addimus, quòd, eſto ad acquirendam poſſeſſionem, ùt in dominio, requiratur animus rem ſibi habendi, nec ſufficiat ſola apprehenſio, *d. l. 3. §. 1.* nec etiam ſolus animus (quo tamen continuatur *l. 30. §. pen. l. 44. pr. ff. eod.*) ſed utrumque ſimul concurrere debeat, *d. l. 3. pr. l. 8. ff. de A. v. A. P.* non tamen, veluti reſpectu dominii, opus eſt (in ſumma poſſeſſionis) titulo quodam prævio: uti ex dictis cuilibet patulum eſt, illúdque ſimul notandum, quòd, ſi titulum habeat, ſeu

l. 1. §. 1. ff. de ſuperficieb. In verbis: *quia meliùs eſt POSSIDERE, quàm IN PERSONAM experiri.* En quòd poſſeſſio opponatur juri *ad rem.* Nec eſt jus in re ob verba: Et *QUASI in rem actionem pollicetr.* Si tantum quaſi eſt actio *in rem*, non eſt vere, & propriè talis. At ignoráme Vir Eximius non raro ly *quaſi* & veris ſignificatibus opponi? Quaſi Procurator in *l. 65. ff. de Procurat.* quaſi tutor *l. 1. §. 5. ff. de eo, qui pro tut.* quaſi ſuſpectus *in l. 7. §. 1. ff. de ſuſpect. tut.* quaſi jus civitatis in *§. 1. Inſt. de J. N. G. & C.* veritatem utique important. Accedit, quòd interdicta in ordine ad alias actiones in rem (eſto & ipſa ſint ex jure in re) poſſint dici ſine abſurdo & ſalva realitate quaſi ACTIONES in rem. Colorem ſuæ opinioni adpingere conatur. (II.) Ex *l. 68. ff. de R. V. in fin.* ubi interdicta ab actionibus tum realibus, tum perſonalibus ſegregantur. Nec nos aliter! Et quid tum? Diſtinctio inter illa, & iſtas in hoc conſiſtit, quòd in illis agatur de poſſeſſione rei, in his verò de ipſa re, ſeu ejus jure: & in tantùm ſpecificè, non genericè differunt. Hinc parum coloris affert (III.) quòd Interdicta & Actiones cauſas diverſas habeant, illa nempe FACTUM. *l. 1. §. 3. & 4. de A. & A. P.* Iſtæ Jus *l. 3. §. 4. l. 12. ff. eod.* Nam hoc verum de cauſis ſpecificis, non genericis, ùt patet ex dictis, & paſſim dicendis *h. t.* Deinde falſum eſt, interdicta oriri immediatè (ſaltem omnia) ex facto; cùm quædam oriantur ex poſſeſſione mediante facto, vel à Prætore obtenta. Quærit (IV.) præſidium in modo procedendi, & effectu; ſed parùm roboris conciliat, cùm tantùm probet differentiam ſpecificam, non genericam, in qua, nimirum in jure in re ſimpliciter ſpectato conveniunt, eſto in ſpecie jus poſſeſſionis ſit debilius, & inſtabile. Reliqui colores pro formanda & firmanda Laud. Authoris ſententia dilui

Digitized by Google

ſeu cauſam, illam ſibi immutare, niſi extrinſecus aliquid ſuperveniat, non poſſit, *vid. d. l. 3. §. 19.* & *20. l. 19. §. 1. ff. l. 5. C. eod. Voët. loc. cit. num. 13.* ita eſt extra dubium, neceſſum non eſſe, ut, qui totum poſſidere vult, omnes partes occupet, ſed ſufficere, ſi unam, animo acquirendi totum, apprehendat, *d. l. 3. §. 1.* dummodò alius non ſit in poſſeſſione aliarum partium, *arg. l. 18. §. fin. ff. d. t.* & partes reliquæ non ſint planè incertæ, *vid. d. l. 3. §. 2. l. 26. ff. eod.* Jam, cùm ad poſſeſſionem acquirendam requiratur animus, (a) ſua ſpontè ſequitur, eam

Ttt ac-

dilui facile poſſunt ex noſtris principiis *hoc tit.* hinc inde adductis. Interea autem incumbet Authori fundatius reſpondere ad noſtram *l. 1. §. ult.* & *l. 2. ff. uti poſſid.* Dicit quidem, eſſe caſum ſpecialem, ubi qui poſſidet ab alio, qui nullum jus habet, turbatur, idcirco æquum eſſe, ut in poſſeſſione defendatur: Sed hoc ipſum eſt, ex quo nos contendimus, competere ex æquitate naturali à Prætore agnita poſſeſſori jus in re, vi cujus poſſit contra omnes (adeóque non tantùm, contra illos, qui nullum jus, ſeu factum allegare poſſunt, ut argumentum falſiſſimè ſupponit) turbantes ſe ſe tueri. His accedit, quod poſſeſſio ſit JUS; quod Author non negat, & ſatis evincitur ex *l. 49. §. 1.* & *l. 44. pr. ff. de A. & A. P. l. 2. §. 38. ff. ne quid in loc. publ. l. 5. §. 1. ff. ad L. Jul. de vi publ.* Conſequenter debet eſſe vel jus in re, vel ad rem: Poſterius Author non admittit: Ergo debebit prius admittere, cùm de alia ſpecie circa JUS RERUM non conſtet. Siquidem Imperator in *§. 1. Inſt. de Act.* ita proſequitur: *Summa diviſio* (OMNIUM ACTIONUM) *IN DUO GENERA deducitur, aut enim IN REM ſunt, aut IN PERSONAM.* Poſtquam autem egit de actionibus, quæ verſantur circa ipſas res, ſeu earum jus, tranſit etiam ad actiones, quæ ipſam poſſeſſionem reſpiciunt, his verbis: *Sequitur, ut diſpiciamus de interdictis, ſeu ACTIONIBUS, quæ pro his exercentur.* Ita *princ. h. t.* Ex his inferendum, etiam interdicta eſſe actiones, Non perſonales, uti vult Author: ergò reales ſaltem, quæ oriuntur immediatè ex poſſeſſione. Inſurgunt equidem hic & alii acriter autumantes, totam ſubſtantiam poſſeſſionis tam quoad eſſe, quàm conſervari in facto conſiſtere, *l. 1. §. 3.* & *4. l. 23. §. 1. ff. ff. de A. & A. P.* atque ab operationibus animi pendere. *l. 3. §. 1. 6. 7. 8.* & *9. ff. d. t.* Eſt enim poſſeſſio ipſa animi inſiſtentia in re apprehenſa. Hæc vera ſunt, ſi poſſeſſio conſideretur phyſicè, & naturaliter; non item ſi juridicè ſpectetur, & quoad omnes partes juridicè integrantes. Equidem factum prærequirit, & ab eo ſimul atque ab animo dependet. Acquiſita tamen jus eſt, paritque ſuos effectus civiles. Quis negat, dominium rerum, quæ nullius ſunt, ab actuali dependere occupatione? Et hoc non obſtante quisque conceſſerit, acquiſitum eſſe quid juris: Dependeat poſſeſſio etiam in conſervari ab operationibus animi, exinde tamen nullaenus ſequirus eſſe merè facti, cùm hæ ipſæ operationes animi ſuos habeant effectus juridicos. Nónne etiam translatio, & acquiſitio dominii ab operatione animi dependent *l. 36. ff. de A. R. D. l. 55. ff. de O.* & *A.* & nihilominùs in ſe certè quid juris ſunt, ſuóſque effectus juridicos producunt? Quidnl & poſſeſſio juridicè ſimul ac naturaliter conſiderata?

(a) Diximus mox ſuprà, poſſeſſionem acquiri non poſſe, niſi corpore & animo ſimul. Verùm graviter obſtat, *l. 1. §. 21. l. 18. §. 2. l. 51. ff. de A. & A. P.* ubi ſufficere dicitur ſolus animus. Ita eſt, in rebus, quæ jam alicujus ſunt. Dicunt inſuper, ſubeſſe veſtigia diſſenſuum inter JCtos Veteres, *arg. l. 55. de A. R. D.*

Google

acquirere non poſſe, qui uſu rationis ſunt deſtituti: Unde nomine infantis Tutor, *l. 32. §. 2. ff. eod.* nomine furioſi Curator poſſeſſionem nanciſcitur, *arg. l. ult. C. de Curat. furioſ.* Limitant in donatione, quæ unicè reſpicit commodum donatarii, dicúntque, rerum donatarum poſſeſſionem acquiri infanti per apprehenſionem etiam ſine authoritate Tutoris, quod deſumunt ex *l. 3. C. de A. v. R. P.* Quibus tamen ſe opponit Voët. *ff. d. t. num. 6.* Nec, ùt videtur, ſine ratione; nam in *l. 32. §. 2. ff. eod.* disertè traditur, infantem non aliter, quàm accedente Tutoris authoritate, de qua pariter intelligit *d. l. 3.* poſſeſſionem poſſe nanciſci; ratio redditur in *l. 1. §. 3. ff. eod.* quia deficit affectio tenendi. Cæterùm, uti dominium, ita poſſeſſio tam per ſe, quàm per alios acquiritur: repetantur, quæ diximus *l. 2. tit. 9. per quas perſ. cuiq. acquir.* Illud ſcire deſideras, num poſſeſſio defuncti continuetur in hærede ſine facto apprehenſionis? Negativa adeò clarè deciſa eſt à Javoleno in *l. 23. pr. ff. de A. v. A. P.* ut mirum videatur, alios ſomniare contrarium. *Cùm hæredes inſtituti ſumus* (inquit ibi JCtus) *adita hæreditate, omnia quidem jura ad nos tranſeunt: POSSESSIO TAMEN NISI NATURALITER comprebenſa ad nos non PERTINET.* Ratio elucet ex dictis, quia poſſeſſio facti eſt, *l. 1. §. 3. l. 3. §. 1. ff. d. t.* jungatur *l. 30. §. pen. ff. eod.* Hoc facilè damus, poſſeſſionem facto hæredis acquiſitam eidem prodeſſe, atque cum poſſeſſione defuncti quaſi conjungi. Ita, nec aliter, intelligas, *l. 30. pr. ff. ex quib. cauſ. maj. §. 12. de uſucap.* Et licèt aliàs hæres ſit eadem perſona cum defuncto, filius cum patre, illud tamen procedit in iis, quæ juris, non facti ſunt. *D. D. Franz. b. num. 15. & ſeqq.*

Huc ſpectat vexatiſſima illa quæſtio, num eadem poſſeſſio eſſe poſſit penès duos in ſolidum? Paucis mentem noſtram declaramus: Tam parùm hoc fieri poteſt, quàm parùm contingere, ut duo eſſe poſſint in eodem loco, ita Paulus in *l. 3. §. 5. ff. de A. v. A. P.* Reſpondent quidem, eſſe ſermonem de poſſeſſione corporali, ſed ineptè; Nam ibi fit paritas à poſſeſſione in ſolidum ad coëxiſtentiam duorum in eodem loco. Jam ſi textus intelligendus foret de poſſeſſione corporali, non eſſet paritas, ſed identitas, quatenus poſſeſſio corporalis eſt ipſa coëxiſtentia, ſeu cohærentia in eodem loco. Deinde, quis credet, Trebatium ibidem à Labeone ejus diſcipulo refutatum, fuiſſe tam bardum, ut crediderit, poſſibilem eſſe poſſeſſionem naturalem à modo, ſeu corporalem, quæ nonniſi per miraculum, mediante ſcilicet penetratione, obtinere poſſet, penès duos in ſolidum? Addatur *cap. 9. de prob. l. 19. ff. de precario.* Illud facilè dabimus, dari duorum poſſeſſionem in ſolidum, ita, ut ſolidum non ſupra ipſum jus, ſed tantùm ſupra ipſam rem, hoc videlicet ſenſu, quòd

tota

tota res quoad omnes partes, ita ab utroque poſſideatur, ut nullus eorum dicere poſſit, ſe hanc vel illam partem determinatè poſſidere. Hæc enim non tam poſſeſſio in ſolidum, quàm totius rei, non deſignatis partibus, dici debet, ita intelligimus *l.3.§.7. l.6. §.un.ff. de A.v.A.P.* aliosque textus ſimiles; conſul. fuſiùs *Clariſſ. D. P. Böckhn ubi ſuprà num. 22. & ſeqq.* & non minùs ſolidè *Coccej. Jur. contr. ff. de A.v.A.P. quæſt. 4.*

Effectus Poſſeſſionis, præter hoc, quòd relevet ab onere probandi, *l. 14. §. 15. ff. l. 16. C. de probat.* nec non ſatisdandi, ſi ſit rerum immobilium, *l. 15. ff. qui ſatisd. cog.* quòd in pari cauſa melior ſit conditio poſſidentis, *l. 9. §. 4. ff. de publ. in rem act.* tribuátque Jus percipiendi fructus, *§. 35. de R. D. l. 48. pr. ff. de A. R. D.* atque facultatem uſucapiendi pariat, de quibus omnibus in decurſu ſuis locis actum eſt: ſpecialiter hic in eo conſiſtit, quòd poſſeſſori remedia conciliet, quibus mediantibus poſſit nondum habita acquiri, vel jam acquiſita, ſi turbetur defendi, vel denique amiſſa recuperari; veluti ſtatim infrà docebimur. 5

Amittitur autem poſſeſſio non tantùm nobis invitis, veluti, ſi res pereat, inundetur à flumine, vel à mari occupetur, aut in aliam formam redigatur, vel, ſi res mobilis, ùt mox videbimus, cuſtodiam effugiat, qui ſunt modi generales; ſed etiam volentibus, & quidem eodem modo, quo acquiritur, videlicet animo & corpore ſimul. Ita Paulus in *l. 8. ff. de A.v.A.P. Quemadmodum*, inſit, *nulla poſſeſſio acquiri, niſi animo & corpore poteſt, ita nulla amittitur, niſi in qua utrumque in contrarium actum eſt.* Eadem ferè verba repetit idem JCtus in *l. 153. ff de R.J.* Interim tamen aliter amittitur poſſeſſio rerum immobilium, aliter Mobilium, aliter Incorporalium: In immobilibus, veluti legenti *d.l.3. §.9. ff. de A.v.A.P.* mox patebit, amitti, aut ſpontaneo diſceſſu, aut violenta dejectione, ait ibi JC. *Nam conſtat, poſſidere nos, donec aut noſtra voluntate diſceſſerimus, aut vi dejecti fuerimus:* Ita nondum eſt perſpicuum, quomodò dejectione ſola amittatur poſſeſſio, cùm ſimul requiratur animus, *d. l. 8. ff. d. t.?* Hoc ita capies: Dejectione amittitur poſſeſſio corporalis, ſeu naturalis, ùt vocant à modo, non item civilis, utpote, quæ ſemel acquiſita, etiam ſolo animo retinetur, *d. l. 3. §. 7. l. 30. l. pen. ff. eod.* Ergo non obſtante dejectione, inquies, ſemper retinebitur poſſeſſio civilis, quis enim vi dejectus animum poſſidendi abjiciat? Præſumitur ſaltem dimiſiſſe, ſi reverſus ad poſſeſſionem non ampliùs admittatur, *arg. l. 6. §. 1. ff. d. t.* nec poſſeſſionem recuperare ulteriùs tentet, fortè, quòd timore conterritus non audeat accedere, 6

d. l. 3. §. 8. vid. inſuper *l. 25. §. 2. ff. eod.* junctâ *l. 37. §. unic. & 38. ff. de uſurp. & uſucap.* Num verò ſolo animo poſſeſſio amitti poſſit, eſt, quòd dubites ob cit. textum Pauli in *d. l. 8. ff. de A. v. A. P.* Damus in regula, ſolo animo poſſeſſionem non amitti, *arg. d. l. 153. ff. de R. J.* Concedimus tamen, id etiam ſolo animo fieri poſſe. Eſt idipſum ex ſchola Pauli (utique non ſibi ipſi contrarii) in ſæpè *cit. l. 3. §. 6.* hìs verbìs: *In amittenda quoque poſſeſſione affectio ejus, qui poſſidet, intuenda eſt, itaque, ſi in fundo ſis, & tamen nolis eum poſſidere, protinùs amittes poſſeſſionem* (intellige civilem) *igitur amitti, & ANIMO SOLO poteſt, quamvis acquiri non poteſt.* Cur ita? Quia utique faciliùs, quæ habeo, abjicere, quàm quæ non habeo, occupare poſſum. Accedit, quòd in acquiſitione poſſeſſio ſit meri facti; in amiſſione verò jam plus juris contineat, *arg. l. 49. §. 1. ff. d. t.* Hic tamen ulteriùs videndum, num quis per ſe, num per alium poſſideat? Si prius non aliter amittit, quàm ſi ſciat, ab alio occupatam; ſi poſterius, & ille alius diſceſſit, ſimúlque alius occupavit, amittit, eſto ignoraverit ab alio occupatam, *l. 44. § fin. & 46. ff. eod.* Ita olim: Quid hodie, vid. notabilis textus in *l. ult. C. d. t. Huber. ff. eod. num. 6.* Unde, diſces, factô, ſeu omiſſione ſervi, procuratoris, coloni, vel inquilini, aut cujuscunque alterius detentoris poſſeſſionem derelinquentis, *nihil penitùs domino præjudicii generari.* Rerum mobilium amiſſio facilior adhuc eſt; nam, ſi ab alio fuerint occupatæ, animo retinendi, ùt ſuas, etſi animum retineam, mea poſſeſſio nihilominùs evaneſcit; Rationem reddit Papinianus in *l. 47. ff. d. t.* quia res mobiles, quamprimùm ſunt extra noſtram cuſtodiam, pariter & noſtram poſſeſſionem effugiunt, quamvis ab alio nondum ſint occupatæ; cenſentur autem manere in noſtra cuſtodia, quamdiu ſunt in loco, quem cuſtodiæ causâ elegimus, vid. *l. 44. pr. ff. d. t.* Limitanda tamen eſt data aſſertio in ſervis, qui, etiamſi aufugerint, donec ab alio fuerint occupati, remanent ſub noſtra poſſeſſione, *d. l. 47. ff. eod. videlicet ideo,* inquit JCtus, *quia poteſt homo propoſitô redeundi domino poſſeſſionem ſui conſervare, cujus corpore* (ſeu per quem) *cæteras quoque res poſſumus poſſidere*, vel etiam fortè ideo, ne noſtra poſſeſſio à malitia ſervi aufugientis pendeat, *vid. Voët. ff. de A. v. A. P. num. 7.* Abſonum videtur ab artis noſtræ regulis, quod habet Papinianus *cit. l. 47. in pr.* dum inquit: *Si rem mobilem apud te depoſitam, aut ex commodato tibi poſſidere, neque reddere conſtitueris: confeſtim amiſiſſe me poſſeſſionem, vel ignorantem, reſponſum eſt,* additâ ratione, *quòd neglecta cuſtodia veteris poſſeſſionis damnum adferre conſueverit.* Quorſum iſta mi Papiniane? An ille poſſeſſionem negligit, qui rem deponit? Et dein, quid ad hæc Paulus in *d. l. 3. §. 18.*

ff.

Digitized by Google

ff. de A. v. A. P. Ait iſte: *Sed ſi eam loco non moveris, & inficiandi animum habeas, plerique Veterum, & Sabinus, & Caſſius rectè reſponderunt, poſſeſſorem me manere.* Licèt Papinianus in *d. l. 47.* poſſit intelligi de caſu, quo depoſitarius rem loco movit, & ita cum Paulo in *d. l. 3. §. 18.* conciliari. Veroſimillima tamen eſt conjectura Thomaſii ad Huber. *ff. d. t. num. 4 verſ. Adeò*, quò etiam collimat Vinn. *h. ad §. 5. n. 2. & ſeqq.* Veteres inter ſe diſtenſiſſe, cùm Nerva filius allegatus in *d. l. 47.* fuerit ex ſchola Labeonis, Sabinus econtrà, & Caſſius in *d. l. 3. §. 18.* relati, adhæſerint doctrinæ Capitonis, uti patulum fit ex *l. 2. §. 47. ff. de orig. Jur.* Interim Paulus in *d. l. 3. §. 18.* à Præceptore ſuo Papiniano diſſentire non dubitavit. Cæterùm non erit abſolutè à jure alienum, deponentem poſſeſſionem negligere poſſe, ſi fortè opportuna occaſione oblata rem non repetat. Quomodò amittatur poſſeſſio rerum incorporalium, deduci facilè poteſt ex iis, quæ tradita ſunt ad *tit. de ſervit. n. 11. & de uſufr.* Addatur *l. 4. §. 27. ff. de uſurp. & uſuc.* Ex quibus omnibus advertes, aliter dominium, aliter poſſeſſionem (ſicut aliter, nempe ipſo jure, acquiritur, *l. 23. ff. de A. v. A. P.*) amitti: ſiquidem dominium ſolô animô, niſi alteri acquiratur, non amittitur, conſequenter penès quaſi invitum manet, poſſeſſio verò penès nolentem non remanet, vid. *l. 17. §. 1. l. 18. §. 1.* junctâ *l. 1. §. 4. d. t.* Plures differentiæ videri poſſunt apud *Voët. ff. eod. num. 2.* Nos pergere jubet

PARS II.

De Interdictis.

SPecialiſſimus, ùt ſuprà memoravimus, poſſeſſionis effectus ſitus eſt in remediis, quibus poſſeſſor juvandus eſt, súntque interdicta, quæ, licèt non omnia (imò ſatis pauca) oriantur immediatè ex poſſeſſione, poſſeſſio tamen eſt ſaltem occaſio, vel objectum omnium Interdictorum, conſequenter præmittitur

§. I.

De Interdictis in genere.

INterdicta, veluti hodie ſumuntur, nil aliud ſunt, quàm *Actiones Extraordinariæ, in quibus principaliter de poſſeſſione, vel quaſi inter par-* 7

Digitized by Google

tes controvertitur, ſeu diſceptatur. (a) Dictum fuit: *Actiones*, tum ob *l. fin. C. h. t.* tum, quia etiam Interdictis perſequimur in judicio, quòd nobis debetur, quamvis hoc non raro tantùm in ſenſu latiori verificetur, cùm extent plura interdicta, quæ non immediatè poſſeſſionem rerum privatarum, ſed publicarum reſpiciunt, adeóque noſtrâ tantùm interſit, quatenùs ſumus pars Reipublicæ. Dictum fuit: *Extraordinariæ*, tum, quia in Interdictis ipſe Prætor cognoſcebat, quæ judicia dicebantur extraordinaria (ordinariè quippe dabatur formula Judici pedaneo) *§. fin. h.* tum, quia proceditur ſummariè, omiſsis nimirum ſolemnitatibus aliàs præſcriptis, tum denique, quia non requiruntur probationes adeò exactæ, ſicut in judiciis petitoriis, ubi de proprietate controvertitur, *l. 8. C. unde vi. l. ult. C. quor. bon. l. un. C. ſi de moment. poſſ.* Et hoc non ſine ratione, tum, quia ſupereſt adhuc quæſtio proprietatis judicio ordinario diſcutienda, tum maximè, quia, dum homines de facto rei detinendæ certant, quod ſit in poſſeſſoriis, ſæpè manibus non temperant, adeóque à verbis ad verbera, vulnera, vel omninò ad cædes ſiunt ſaltus. Dictum fuit: *Principaliter de poſſeſſione, vel quaſi*, ut indicetur *Primò* in omnibus interdictis agi de poſſeſſione, per quod diſcriminantur ab aliis actionibus, ſeu judiciis petitoriis, in quibus omnibus de jure, ſeu proprietate agitur: *Secundò*, ut appareat principaliter, & per ſe de poſſeſſione agi, etſi quandoque etiam contineant cauſam proprietatis, veluti patet in Interdicto de itinere, actùque privato, ubi ſervitus (adeóque non nuda tantùm poſſeſſio) probanda eſt, *vid. l. 2. §. 2. ff. d. t. l. 3. §. 13. ff. de itin. act. priv.* quod tamen, juxta mentem JC. in *d. l. 3. §. 13.* vult intelligi *Schambog. h. ad princ. verſ. Ex dictis.* ſi agatur non ſim-

(a) Notandum hìc, *Interdicta* etiam in hoc (præter ſuperiùs initio dicta) multùm differre ab actionibus ordinariis, quòd illa controverſiam parent ad cauſam principalem, de qua Judex pedaneus judicaturus eſt. *l. pen. C. h. t.* junctâ *l. 1. §. ult. de aq. quot. & æſt.* Actiones cauſam controverſam finiunt: In actionibus formula dirigebatur ad Judicem pedaneum: in Interdictis ad litigantes, ſeu delinquentem. *§. 1. h.* Hinc formula: *Unde eum dejeciſti vi, illuc eum reſtituas, dd. tt.* Et idcirco ulteriùs advertendum, quòd, dum *Rubr. Pandect.* concepta eſt *de Interdictis, ſive extraordinariis actionibus, quæ pro his competunt*, non correſpondeat ævo JCtorum, quorum reſponſa extant in Digeſtis, ibi quippe ipſi Prætores adhuc interdicta reddebant, ſed potiùs tempori poſteriori, quo, formulis jam ſublatis, etiam extraordinariis actionibus ex cauſa Interdictorum, ita agi cœpit, ac ſi utilis actio ex cauſa interdicti reddita fuiſſet. *§. fin. h. t.* Hinc etiamſi ſit ſublata verborum ſolennitas & obſervantia; ipſa tamen interdicta ſublata non ſunt; Et ſufficit, modò Actor rei, ſeu facti ſeriem ſimpliciter proponat. *l. 2. l. 4. C. unde vi.* Cæterùm extant negotia, in quibus, & Actio, & Interdictum comparatum erat. Ita Paul. *Rec. Sent. lib. 5. tit. 6. §. 2. & 10. l. 25. §. 1. ff. de furt. l. 2. de condict. trit.*

Digitized by Google

ſimpliciter de itinere, ſed de eo reficiendo. Huc etiam ſpectat Interdictum, quod indulgetur ei, cui à Principe conceſſa eſt facultas ducendi aquam ex Caſtello, *l. 1. §. fin. ff. de aqua quot. & æſt.* Rationem vide apud cit. Authorem *ibi.* (a) Hæc tamen non abſorbent ſubſtantiam Interdictorum, cùm hoc tantùm ſe habeat per accidens, & ad magis colorandam, ſeu muniendam poſſeſſionem, quod & in aliis omnibus Interdictis fieri poteſt, dum poſſeſſio tituló quôdam colorata, nudæ præfertur: Sicut non raró contingit, ut etiam petitoria judicia poſſeſſionem, quâ magis muniuntur, atque roborantur, contineant. *Hopp. ad pr. b.*

Ad exemplum Actionum, Interdictorum varietas vagatur per omnes cauſas, inde à *Cauſa Efficiente*, Alia ſunt REALIA, alia PERSONALIA. *Illa*, quæ deſcendunt ex jure *In re*, ſeu ubi Actor immediatè ſe fundat in poſſeſſione, qualia ſunt Interdicta *Uti poſſidetis*, & *Utrubi. Iſta*, quæ oriuntur ex jure *Ad rem*, ſeu ubi Actor ſe fundat in delicto, prout fit in Interdicto, unde vi, de vi, & vi armata. Neque turbat, quod ajunt, omnia Interdicta eſſe Realia, quia omnia verſantur circa poſſeſſionem, *arg. l. 14. §. fin. ff. de except. rei jud.* Nam aliud eſt verſari circa poſſeſſionem tanquam objectum, aliud immediatè oriri ex poſſeſſione: Prius quidem verum eſt; non item poſterius: Hoc autem, non illud Actiones reales facit, ex dictis ſuo loco. Minùs turbat Univerſale Effatum Ulpiani in *l. 1. §. 3. ff. b. t. Interdicta OMNIA*, inquit; *licèt in rem videantur concepta, vi tamen ipſa PERSONALIA SUNT.* Non enim ſumuntur hic Interdicta pro Actionibus, ſed in ſenſu juris veteris pro juſſionibus Prætoriis, quæ, utpote ad certas perſonas directæ, perſonales dicuntur. 8

Hic redit lis cum Hubero *b. t. num. 2. poſt med.* Putat Author Celeberrimus Judicia poſſeſſoria propriè, neque Realia, neque Perſonalia dici poſſe. Siquidem petitoriis opponuntur, cùm igitur petitoria oriantur ex jure vel in re, vel ad rem, non poſſunt eaſdem habere cauſas. Sed paucis ſatisfactum imus: non poſſunt habere eaſdem cauſas ſpecificas eſto; genericas negatur: Cauſæ genericæ omnium Actionum, quæ oriuntur ex jure rerum (inter quas etiam veniunt Interdicta) ſunt vel Jus in Re, vel ad Rem: Specificæ verò dominium, ſervitus, pignus, & poſſeſſio, à quibus ſimul, & ab objecto, quod in actionibus petitoriis eſt proprietas, ſeu res ipſa; in poſſeſſoriis, ejus poſſeſſio, diſ-

(a) Eſt hæc, quia hoc interdicto ſimul deciditur quæſtio proprietatis, neque eſt (uti alia) præparatorium, ſeu temporaneum, ceu innuit ipſe JC. in *d. l. 1. §. fin.* Ratio rationis eſt, quia eſt quid extraordinarium concedere jus aquam ducendi ex caſtello vel rivo publico, cùm ſoli Principi competat. *d. l. §. 42.* Unde non conveneral, ut Prætor facilè Interdictum indulgeret, niſi priùs conſtaret de jure, quo alter aquæductum prætendit.

diſcriminantur. Replicat Huberus: Non quæritur in Interdictis de jure in re, vel ad rem, quò res tenetur, ſed de facto, quis rem teneat? Lex, inquit, poſſidenti tribuit, ut retineat, donec de jure in re, vel ad rem conſtet, conſequenter ipſa poſſeſſio tale jus eſſe nequit. Verùm edicat Vir Clariſſimus: An non ſæpè de facto poſſeſſionis conſtet. Ita, ut tantùm quæratur, ad quem ſpectet ipſum jus poſſidendi, ſeu ipſa poſſeſſio, ùt juris eſt, non facti? Deinde illud ipſum jus tenendi eſt jus in re, *arg. l. 2. ff. uti poſſid.* licèt momentaneum quandoque, & veluti facto, ſive licito, ſive illicito acquiſibile, *§. 2. de uſucap.* ita etiam ejusmodi facto amiſſibile, *l. 15. ff. de A. v. A. P.* Alia ſunt rurſus *à Subjecto* SIMPLICIA, ubi conſtat, quis ſit Actor, quis Reus, quò ſpectant Interdicta Reſtitutoria, Alia DUPLICIA, ubi non conſtat, quis Actor ſit, vel quis Reus, ſed uterque agit, uterque (ſicut in judiciis diviſoriis) convenitur, qualia ſunt, *Uti poſſidetis*, & *Utrubi*, *vid. §. pen. h. t. l. 13. & 14. ff. de jud.* & dicta ad *tit. de Act. part. 1. §. 1. num. 4.* (a) Alia *ab Objecto* PUBLICA, quæ reſpiciunt ſecuritatem locorum publicorum, ſive ſacra ſint, ſive profana, *vid. l. 1. §. 2. ff. ne quid in loc. ſacr. l. 1. pr. ff. h. t. l. 2. §. 34. ff. ne quid in loc. publ.* Alia PRIVATA, quæ tuentur loca privata, ùt *de vi, & vi armata, de ſuperficiebus &c.* *A Forma*, Alia PROHIBITORIA, quibus Prætor vetat aliquid fieri, ùt ſunt, ne vis fiat ſine vitio poſſidenti, *vid. l. 1. §. 2. & 3. ff. ne vis fiat ei, qui in poſſ. miſſ.* vel mortuum in locum debitum (hodie in ſepulchrum fortè gentilitium) inferenti, vid. *Hopp. h. ad §. 1.* aut in flumine publico naviganti, *cit. Author ibid. verſ. vel in flumine publico.* Alia RESTITUTORIA, quibus Prætor jubet aliquid reſtitui: quò ſpectat Interdictum *Quorum Bonorum*, *Unde vi.* Alia EXHIBITORIA, quibus jubetur aliquid exhiberi: Huc reducitur Interdictum *de Libero homine exhibendo*, quod cuilibet de populo competit ob favorem libertatis, *l. 3. §. 9. ff. de lib. hom. exhib.* Item de liberis exhibendis, quod patri competit contra eos, qui liberos invitos detinent, *l. 1. §. 1. ff. de liber. exhib.* non tamen ſemper lo-

(a) Non tamen implicat, etiam alia Interdicta tum recuperandæ, quum acquirendæ poſſeſſionis poſſe eſſe duplicia, dum fortè quilibet agit, ut acquirat, vel recuperet poſſeſſionem, & hinc non poſſit diſcerni; quis Actor ſit, quis Reus, vid. *l. 1. §. 1. ff. de Interd. ſal. l. 3. §. 9. ff. de vi & vi arm.* Et ita intelligi debent verba finalia *l. 2. ff. h. t.* ibi: *Sunt interdicta, ùt diximus, duplicia tam recuperandæ, quàm acquirendæ poſſeſſionis*, non, quod alii contendunt, ac ſi darentur hoc ſenſu Interdicta duplicia, quòd partim ſint recuperandæ, partim retinendæ poſſeſſionis; quidem hoc in eodem interdicto implicatorium eſt, ùt horum naturam conſideranti patebit. Accedit, quod JCtus in *d. l. 2. in fin.* ſumat interdicta duplicia, ſicut ſumpſit in *princ. cit. l.* hoc ipſo, quòd illuc ſe referat. Atqui in *princ.* ſumpſit in ſenſu à nobis explicato, jam conſequentiam forment ipſi, qui contrarium ſentiunt.

locum habet contra matrem, *d. l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. ff. d. t.* An patri competat contra maritum ad filiam exhibendam, vid. notabilis textus in *d. l. 1. §. fin.* Sed, quænam inter Actionem ad exhibendum, & præſens Interdictum differentia? Quòd illa jus proprietatis, ſeu judicium petitorium reſpiciat: Aliam differentiam, noſtris principiis tamen contrariam, ſtatuit Coccej. *ff. ad exhib. quæſt. ult.* *A fine*, Alia ADIPISCENDÆ, Alia RETINENDÆ, Alia RECUPERANDÆ POSSESSIONIS. *§. 2. b.* Illa ſunt, quibus agimus ad acquirendam poſſeſſionem, quam nondum habuimus; quò ſpectat Interdictum *Quorum Bonorum: Quorum Legatorum §. 3. eod.* Iſta, quibus poſſeſſionem, quam habemus, defendimus, veluti contingit in Interdicto *Uti poſſidetis*, *& Utrubi.* Poſtrema, quibus poſſeſſionem amiſſam recuperamus, eſtque Interdictum *Unde vi*, ſeu *de vi*, *& vi armata*, *§. 4. b.* de quibus *§§. mox ſeqq.*

Sanè, cui cauſarum methodus in materia de Actionibus erit benè 9
perſpecta, non accidet difficilè, ſibi illam etiam in Interdictis, formare. Quippe Cauſa *Efficiens Remota* eſt Prætor, qui æquitate naturali motus remedia contra turbatores, vel invaſores poſſidentibus, vel poſſeſſionem petentibus indulſit. *Proxima* erit pro varietate Interdictorum Jus in re, vel ad rem. *Subjectum Activum*, cui competunt. *Paſſivum*, contra quem dantur, de quibus in ſpecie agemus. *Objectum* principale, immediatum, & per ſe, poſſeſſio, vel acquirenda, vel retinenda, vel recuperanda: per accidens autem quandoque etiam proprietas, ex dictis in definitione. *Forma*, quæ in legitima probatione conſiſtit, rurſus variat. *Effectus* ſimiliter non ſemper æqualis: Interim tamen communis, & ordinarius, quòd victori poſſeſſionem quandoque momentaneam, quandoque etiam longiorem tribuat, nimirum tamdiu, donec conſtet, ad quem pertineat jus proprietatis, *arg. l. un. C. ſi de mom. poſſ. fuer. appell.* & *l. 3. C. h. t.* Inde fluit, quòd tractari ſoleant ſummariè, id eſt, omiſsis ſolennitatibùs aliàs intervenire ſolitis, iiſque tantùm adhibitis, quæ ſunt de ſubſtantia proceſsûs; imò quandoque, ſi fortè ſit periculum in mora, puta, ne partes ad arma ruant, ſummariſſimè, nullâ proceſsûs figurâ ſervatâ, ventilentur, & tantùm cognoſcatur, quis hic & nunc poſſideat, omiſſa quæſtione, num juſtè, num injuſtè; num hæc, vel illa ſit antiquior, vel fortior; & conſequenter, qui poſſeſſionem actualem probat, præfertur, obtinétque per decretum, ùt vocant, manutenentiæ poſſeſſionem momentaneam, ſeu interimiſticam, ſalva quæſtione circa juſtitiam poſſeſſionis ad judicium poſſeſſorium ordinarium; qui modus procedendi cum jure veteri Romano conciliari, vel aſſimilari poſſe, non incongruè vult Huber. *in Epilogo ad fin. lib. 43. ff. annexa.*

Sed hæc ſunt extra noſtrum inſtitutum, vid. *Clem. 2. de V. S.* & *Illuſtr. D. D. de Herz. in Magiſt. lib. 2. cap. 1. tit. 2. part. 1. n. 8.* Illud non eſt prætermittendum, quòd in uno, vel altero Interdicto tota cauſa finiatur, fortè, ſi ſimul proprietatem contineant, vid. *l. 3. §. 13. ff. de itin. actúque priv. l. 1. §. fin. ff. de aqua quot. & æſtiv. Vinn. h. ad princ. num. ult.*

§. II.

De Interdictis in ſpecie acquirendæ Poſſeſſionis.

Accuratiorî Interdictorum, quæ, veluti patet ex *lib. 43. Digeſtorum,* numeroſa ſunt, diſcuſſione ad Pandectas remiſſa, ſeligimus, quæ noſtra ſunt, & quidem tum Acquirendæ, tum Retinendæ, tum Recuperandæ poſſeſſionis.

10 ACQUIRENDÆ Poſſeſſionis Primum Interdictum eſt QUORUM BONORUM ita dictum à verbis initialibus Edicti Prætorii in *l. 1. pr. Quor. Bonor.* quæ derivatio, in multis aliis obtinet, uti obſervat *D. D. Franz h. t. part. 3. ſect. 1. n. 1.*

Definitur, quòd ſit *Remedium Extraordinarium, quo bonorum poſſeſſor* (ſeu hæres prætorius) *agit adversùs illum, qui pro hærede, vel poſſeſſore poſſidet, ut poſſeſſio rerum hæreditariarum ſibi reſtituatur.* Verùm ſtatim inſurgis: quid hoc Interdicto opus, cùm ſuppetat poſſeſſoria hæreditatis petitio? Sed iſta petitoria eſt, reſpiciens proprietatem rerum: Illud poſſeſſorium, adeóque ad poſſeſſionem tendens; hinc faciliùs Actor eluctabitur, cùm non requirantur probationes adeò exactæ: quamvis enim etiam in Interdicto jus hæreditarium probari debeat, *l. 1. C. Quor. Bonor.* non tamen admittuntur exceptiones altioris indaginis, ac non in continenti (ſit verbo venia) liquidabiles, ſed illæ remittuntur ad judicium petitorium, quod condemnato ſalvum manet, *l. ult. C. d. t. arg. l. 3. §. 13. ff. ad exhib. Hopp. ad §. 3. h.* Iſta locum habet etiam in juribus incorporalibus, *l. 19. §. 20. ff. de hæred. pet.* Illud ſolummodò in corporalibus, *l. 2. ff. quor. bonor. Hub. h. num. 5.* Uti igitur nulla apparet ſuperfluitas; ita ex definitione conſtat, maximam aliàs habere cum petitione hæreditatis affinitatem: quippe, ſicut illa competit hæredi civili, ita iſtud, ſaltem ex verbis Edicti, hæredi prætorio, ſeu illi, cui à Prætore bonorum poſſeſſio decreta eſt *l. 1. ff. quor. bonor.* Ex æquitate tamen, nimirum utile, non denegatur hæredi etiam civili, *arg. d. l. 1. C. d. t.* in verbis: *& ad hæreditatem* (quæ Juris Civilis eſt) *vel bonorum poſſeſſionem* (te) *admiſſum probaveris:* Sicut illa datur contra illum

lum, qui pro hærede, vel poſſeſſore poſſidet, ita iſtud *d. l. 1. pr. ff. quor. bonor.* Sicut illa datur ad ipſas res hæreditarias, ita iſtud ad earum poſſeſſionem hæredi Prætorio adjudicandam. Si dicas, hanc utique jam à Prætore obtinuit? Obtinuit equidem, ſed tantùm quoad jus, *l. 3. §. 1. ff. de bonor. poſſ.* non item quoad factum poſſeſſionis corporalis: Unde advertendum, bonorum poſſeſſionem, quam decernit Prætor, utpote hæreditati ſimillima, *l. 2. ff. de bonor. poſſeſſ.* meri juris, non facti eſſe; conſequenter facultatem involvere, illam, quæ facti eſt, ab eo, qui pro hærede, vel poſſeſſore poſſidet, perſequendi, *l. ult. C. quor. bonor. Vinn. ad §. 2. b. num. 2.* Hæc planiora ſunt,

Utrùm autem, ſicut petitio hæreditatis realis eſt, ita & hoc Interdictum, non tam facilè divinaveris. Profectò Hubero, & multis aliis vix hoc in animum induxeris! Ait ille *b. t. num. 7.* (I.) Qui agit his Interdictis (Acquirendæ nimirum poſſeſſionis) non poſſidet, neque habet jus poſſeſſionis, ſed de poſſeſſione acquirenda laborat, *§. 3. b.* Et quamvìs (II.) hæc Interdicta ad exemplum Actionum Realium dentur contra poſſidentes, nihilomiuus tamen eorum intuitu poſſeſſio non poteſt dici jus in re, quia, ſi hoc? deberet parere actionem realem. Neque (III.) per jus poſſeſſionis, à quo oriuntur Interdicta; illud poteſt intelligi, quod à Prætore hæredi defertur, quia jus poſſeſſionis illud, quoad Interdicta, dici debet, quod ex poſſeſſione jam acquiſita naſcitur. Proximiùs ad Interdictum Quorum Bonorum urget (IV.) Ex jure à Prætore delato oritur poſſeſſoria hæreditatis petitio, atqui fieri non poteſt, ut ex eodem fundamento emanent remedia, ſeu judicia toto genere diverſa, videlicet Petitoria, & Poſſeſſoria: Siquidem deberet hæres ſe fundare in jure hæreditario à Prætore delato, & ſententia, quæ utique aliàs debet eſſe conformis libello, deberet, utpote Interdicto propria, pronunciari de ipſa tantùm detentione, adeóque Actor jus peteret, & ſententia ferreretur de detentione, ſeu poſſeſſione (V.) Actio, quæ ex jure hæreditario naſcitur ad cuncta, quæ ſub jure hæreditario veniunt, ſe extendit, *l. 19. §. 20. ff. de bæred. pet.* Interdictum verò tantùm in rebus corporalibus proditum eſt, *d. l. ult. ff. quor. bonor.* Non ſpernimus has rationes, aſſenſum tamen præſtare vetant, quæ ſequuntur. Siquidem imprimis certum eſt, bonorum poſſeſſionem à Prætore delatam tribuere, ſeu parere jus in re: ita Author eſt Ulpianus in *l. 1. ff. de bonor. poſſeſſ. Bonorum poſſeſſio*, inquit, *admiſſa commoda, & incommoda bæreditaria, item DOMINIUM* (nempe prætorium) *rerum, quæ in bis bonis ſunt, tribuit. In omnibus enim*, ita pergit in *l. 2. ff. eod. vice bæredum bonorum poſſeſſores babentur,* Certum ulteriùs eſt, eum, qui hoc Interdicto obtine-

Uuu 2

tinere deſiderat, debere ſe fundare in jure hæreditario ſibi à Prætore delato, adeóque in jure in re, uti volunt Impp. in *d. l. 1. C. quor. bonor.* ibi: *tamen Interdicto quorum bonorum non aliter poſſeſſor conſtitui poteris, quàm, ſi te defuncti filium* (adeóque hæredem) *eſſe, & ad hæreditatem, vel BONORUM POSSESSIONEM ADMISSUM PROBAVERIS.* Conſequentiam Hubero formandam relinquimus. Dices Huberi cauſam ſuſcipiens, conſequentiam nimis fore bonam, cùm videatur inferenda, ac ſi hæres in hoc Interdicto immediatè ſe fundaret *in Jure* hæreditario: hoc autem dici non poteſt, quia, ſtante hac ſequela, non de poſſeſſione ampliùs, ſed de ipſo jure quæſtio verteretur: Sequeretur hoc, ùt ais, ſi Actor vi hujus juris ipſam rem in judicium deduceret; non item ſi poſſeſſionem, qua contentus eſſe vult. An implicabit, quando ex eodem fundamento naſcuntur plura remedia, illo uti, quod facilius eſt, & minus continet? Nónne liberum erit hæredi dicere: *Ex poſſeſſione mihi à Prætore delata peto res hæreditarias;* vel, ſi maluerit, *peto corporalem earum reſtitutionem.* Et quis inficias ibit, ſe fundare ſubſtantialiter in eodem jure, interim tamen, cùm hoc jus duo pariat remedia, quæ ad diverſa tendunt, petere rem diverſam. (a) Quæ, cùm ita ſint, non deerit, quo ſatisfiat rationibus contrariis. *Ad primam* ſatis erit, ſi reponatur, Actorem laborare tantùm de poſſeſſione corporali, ſeu de facto tali obtinenda. *Ad ſecundam* ſatis diximus ſuprà *part. 1. num. 3. verſ. Verùm.* *Ad tertiam* damus, reliqua Interdicta ferè omnia oriri ex poſſeſſione, quæ facti eſt, jam acquiſita, cùm Prætor vix alii juri Interdictô quôdam aſſiſtat; Huic autem poſſeſſioni hæredi à ſe delatæ Interdictô quôdam aſſiſtere voluit. Accedit notabiliter, quòd hoc Interdictum ex poſſeſſione jam acquiſita ideo oriri non poſſit, quia poſſeſſione rerum hæreditariarum ſemel acquiſita planè ceſſat, per textum apertum in *§. 3. h.* ibi: *Itaque, ſi quis adeptus poſſeſſionem, amiſerit eam, hoc Interdictum ei inutile eſt.* *Ad quartam* cape reſponſum ex noſtra ratione fundamentali *verſ. Sequeretur.* quinimò ipſe Huberus admittere cogitur, Interdictum de

(a) Dices ulteriùs, jus hæreditarium eſſe ſolummodo conditionem ſine qua non. Quid ergo (effare rogo) erit cauſa principalis, in qua hoc interdictum fundatur? Si reſpuis jus in re, adſtruas oportet, jus ad rem. Aliud quippe fundamentum non datur, vel ſaltem non eſt opus ad aliud extraordinarium confugere: De jure ad rem autem nullum in hoc Interdicto habemus veſtigium, ſed tantum de jure poſſeſſionis à Prætore delato, conſequenter hoc ipſum ſufficiet. Siquidem nemo inficias ibit, hæredem à Prætore admiſſum habere jam poſſeſſionem, utpote quæ ei jam eſt delata *l. 1. ff. h. t.* ibi: *poſſeſſio data eſt.* Amabo! qualis? Certè juris, ita, ut ſolùm corporalis deſit. Inde eſt, quod tantùm *corporis* non *juris* poſſeſſores hoc interdicto teneantur.

de itinere, actúque privato ex jure in re, nempe ſervitute, ex qua ſimul naſcitur Actio confeſſoria, oriri, per textum irrefragibilem in *l. 3. §. 13. ff. de itin. actúque priv.* ibi *in fin. Itaque, qui hoc Interdicto utitur, duas res docere debet, & hoc anno ſe uſum, ET EI SERVITUTEM COMPETERE.* Deinde, quid, amabo! cauſam hujus Interdicti longiùs petimus, dum ipſe Huberus *loc. cit.* illam ad noſtrum intentum ſubminiſtrat, dum ad quæſtionem ſibi propoſitam, unde hoc Interdictum naſcatur; ita reponit: „Id eſſe fundatum in poſſeſſione, quam ex Edicto Prætoris adeptus eſt Actor, tametſi fortè jus hæreditarium penès eum reverà non conſiſtat. Benè eſt. Atqui poſſeſſio à Prætore delata, ex ſuperiùs deductis, jus in re eſt, ergo: Sed, inquit Huberus: Minùs ſtabile, ac infirmum. Neque nos aliter contendimus, cùm non ſemper permanenter decernatur, ex dictis, *lib. 3. tit. 10. Ad quintam* de ſe patet, hoc non eſſe ex defectu juris, ſed ex natura ipſius Interdicti, quod requirit corporalem reſtitutionem, quæ in rebus incorporalibus non eſt poſſibilis.

Huic interdicto affine eſt Remedium ex *l. ult. C. de Edict. D. Hadriani toll.* quo hæres in teſtamento, nullo viſibili ſigno laborante, ſcriptus à Judice competente petit, ut vi illius teſtamenti à ſe producti in poſſeſſionem rerum hæreditariarum mittatur. *Hopp. ad §. 3. h. verſ. Ceterùm.* Differt ab Interdicto quorum bonorum, quòd in hoc debeat probari, ſaltem ſummariè, jus hæreditarium: in illo ſufficiat oſtendere, teſtamentum nullo viſibili ſigno cancellationis, raſuræ, caſſationis &c. eſſe affectum. Hinc huic remedio non officit, ſi opponatur præteritio, injuſta exhæredatio *l. 2. C. d. t.* niſi in continenti probari valeat, *arg. l. 3. §. 13. ff. ad exhib. Zoëſ. ff. quor. bonor. n. 5. & ſeq.* Deinde Interdictum competit hæredi tum teſtamentario, tum ab inteſtato. Remedium D. Hadriani ſolummodò hæredi ſcripto, prout fert ejus deſcriptio, vid. pluribus Voët. *ff. quor. bonor. num. 2. & ſeqq.* 12

Alterum Interdictum Acquirendæ Poſſeſſionis eſt Interdictum, QUORUM SEU QUOD LEGATORUM. *Remedium nempe extraordinarium, quo hæres ſive Civilis, ſive Prætorius agit contra Legatarios, & Fideicommiſſarios particulares* (imò & contra hæredes quà prælegatarios, *l. 1. §. 6. ff. quod leg.*) *qui propria authoritate res ſibi relictas occupârunt, ad hoc, ut earum poſſeſſionem reſtituant.* Eſto enim dominium rei legatæ ſtatim à morte defuncti ad Legatarios transeat, *l. 64. in fin. ff. de furt.* poſſeſſio tamen ab hærede, cujus ſæpè tum ratione falcidiæ, tum etiam ratione æris alieni, vel etiam rei fortè in genere, aut alternativè legatæ, vel maximè intereſſe poteſt, præſtanda eſt, *arg. §. 1. de legat.* Hinc 13

coërcenda erat nimia eorum cupiditas, qui, vix expectata defuncti morte, ad res occupandas proſiliunt. Unde apparet, hoc Interdictum eſſe perſonale, quamvis enim competat occaſione juris hæreditarii, immediatè tamen ex illicita occupatione originem ducit, *l. 1. §. 2. ff. quod leg. junctâ l. 13. ff. quod met. cauſ.* Hoc nihilominus ſpeciale habet, quòd etiam detur contra Legatarii ſucceſſorem, non tantùm univerſalem, ſed etiam particularem, *d. l. 1. §. 10. & 13. ff. d. t. D. D. Franzb. num. 11.* Imò, ſi Legatarius res legatas poſt aditam ab hærede hæreditatem, atque occupatam, propria authoritate ſibi appropriaverit, legatum amittit, *arg. §. 1. de vi bon. rapt. & d. l. 13. ff. quod met. cauſ.* junctâ *l. 5. C. de legat.* Dictum fuit in definitione notanter: *Propria authoritate:* unde quæſitum fuit, ſi quis legatorum ſervandorum causâ miſſus ſit in poſſeſſionem, an hoc Interdicto teneatur? Movet primùm illud, quòd non poſſideat is, qui miſſus eſt in poſſeſſionem legatorum ſervandorum causâ, ſed potiùs cuſtodiat. Deindè, quòd Prætorem habeat hujus rei Auctorem? *Tutiùs tamen erit dicendum* (eſt reſponſum Ulpiani in *d. l. 1. §. 9. ff. quod leg.*) *hoc Interdictum competere maximè, ſi* (ab hærede) *ſatisdatum ſit jam legatorum nomine, nec recedat, tunc enim etiam poſſidere videtur.* Vult dicere, ſi Legatarius ad cautionem oblatam non velit deſiſtere, jam poſſidet, conſequenter hoc Interdicto tenetur. Quid, ſi ex voluntate hæredis, ſed ante aditam hæreditatem, vel agnitam bonorum poſſeſſionem, Legatarius res ſibi legatas occupaverit? Tenetur hoc Interdicto. Ita luculenter Ulpianus in *d. l. 1. §. 11. ff. eod.* quia voluntas ejus, qui nondum erat hæres, neque hæredi nocere, neque Legatario prodeſſe poteſt, cùm nulla ſit, *arg. c. 64. de R. J. in 6.* fecùs dicendum, ſi poſt aditam hæreditatem voluntas ejus acceſſerit, *d. l. 1. §. 14.*

14 Tertium Interdictum Acquirendæ Poſſeſſionis, & SALVIANUM, quod à Salvio Juliano Edicti Perpetui ſubtiliſſimo Conditore, & aliàs, uti deprædicatur in *l. 2. §. 18. C. de V. J. E. & l. pen. C. de condict. indeb.* ſummæ auctoritatis homine appellatur. *Eſt Remedium extraordinarium, quo locator prædii ruſtici experitur adversùs colonum ad hoc, ut poſſeſſio rerum ſibi expreſſa conventione hypothecatarum reſtituatur, §. 3. in fin. h.* Dicitur *Remedium.* Effare, num Reale, an Perſonale? Reale. Eſt rurſus tum contra *Hub. h. n. 5. verſ. Facili jam negotio.* tum contra Manz. ad *§. 3. eod. n. 15. & 19.* Ratio noſtra eſt proportionaliter eadem, quæ de hærede in ordine ad Interdictum quorum bonorum, ſiquidem, veluti illud oritur ex jure hæreditario à Prætore delato, ita iſtud ortum immediatè trahit à jure pignoris creditori ex beneficio Prætoris conceſſo, quod duplici remedio (nec enim excedere videtur illius poteſtatem) veſtire vo-

Digitized by Google

voluit, unô in petitorio, unde oritur Actio Hypothecaria Serviana vel quaſi, altero in poſſeſſorio, unde naſcitur præſens Interdictum. Illam invenit Prætor Servius: Hoc indulſit Salvius Julianus tunc temporis Prætor, *arg. §. 3. h. l. 1. ff. de ſalv. interd.* Si hoc, replicas, cur non etiam intuitu aliarum ſpecierum juris in re, nempe dominii, ac ſervitutis ad obtinendam poſſeſſionem nondum acquiſitam Interdicta inventa ſunt? Rationem expoſtula ab ipſo Prætore; hic enim non quærimus, an, vel cur in hac, vel illa ſpecie dederit, ſed, unde ea, quæ dedit, oriantur. Ad acquirendam poſſeſſionem (naturalem) hæredi Prætorio, & creditori Prætor Interdicta indulſit: Nec alia illorum cauſa, quàm jus in re quærenda eſt, cùm de alia tibi tam parùm, quàm mihi conſtet. Inſulſa eſt repetitio, quam facit Hub. *ubi mox ſuprà*, quòd, ſi Actor ſe fundaret in jure, jus eidem, non poſſeſſio adjudicanda foret: Nam vi hujus juris petit non ipſam rem, ſed tantùm ejus poſſeſſionem, conſequenter hæc, & non plus eidem, ut ſententia ſit conformis libello, & remedio inſtituto, adjudicandum eſt: Et hoc ideo, ùt innuit ipſemet Huberus, quoniam æquum eſt, ut Actor potiùs rem poſſideat, quàm Adverſarius. Quòd ſi Pharaonicus ſit Authoris animus, ut perſuaderi nequeat, hæc duo Interdicta, videlicet Quorum Bonorum, & Salvianum ex jùre in re immediatè ortum trahere, gratis, & pacis amore tranſigemus: Dabimus hoc: Dabit ille viciſſim, jus in re, ſaltem dediſſe Prætori occaſionem ad excogitanda hæc Interdicta, adeóque eſſe non Nativa, ſed Dativa; verùm hoc ipſo, quòd occaſione juris in re indulta ſint, realia; quod non implicare, probavimus ſuperiùs *de Act. part. 3. §. 2. n. 20. verſ. Alia Directa.* Dictum fuit ulteriùs in definitione: *Quo locator prædii ruſtici:* Ex verbis enim legis nemini alii competit; hic vocatur DIRECTUM. Ex mente tamen, ſeu ratione legis, adeóque UTILE etiam aliis creditoribus indulgetur, *arg. d. l. 1. pr. ff. de ſalv. interd.* Dicitur: *adverſùs colonum.* Puta, ſi de directo ſit ſermo: quod etiam extenditur ad ejus inquilinum, *arg. l. 11. §. 5. ff. de pig. act.* Utile quippe contra quemcunque debitorem, *l. 1. C. de precar.* vid. latiùs *Theſ. Jur. ff. de interd. ſalv. num. 6. & ſeqq.* imò & contra tertium poſſeſſorem, ſi cauſam ab ipſo debitore habeat (ſecùs, ſi ab alio, *l. 1. pr. ff. de ſalv. interd.*) competit. (a) Dictum fuit: *Ut poſſeſſio*, per quod notabiliter differt ab Actio-

(a) Non deſunt, qui docent, dari tantùm contra debitorem ex cauſa conditionis talem, non ex alia. Fundant ſuam opinionem in *l. 1. C. de precar. & ſalv. interd.* ubi Gordianus Imp. conſultus ita reſcribit: „Si te non remittente pignus debitor „tuus ea, quæ tibi obnoxia ſunt, venundedit, integrum tibi jus eſt ea perſequi NON „INTERDICTO SALVIANO (id enim TANTUMMODO ADVERSUM CONDU-

Digitized by Google

Actione hypothecaria, in qua non de poſſeſſione, ſed de ipſo jure pignoris agitur. Dictum fuit ulteriùs: *expreſſa conventione.* Quod rurſus de directo capiendum. Utile enim competere etiam in rebus locatori, aliiſque creditori tacitè hypothecatis, probat eadem ratio æquitatis, quòd creditor ſit quoad poſſeſſionem hìc & nunc hypothecanti debitori præferendus. Debet autem probare, fuiſſe res ſibi expreſsè (in directo) vel tacitè (in utili) hypothecæ titulo ſubjectas: Unde relucet ulterior differentia ab Actione hypothecaria, in qua non ſufficit probare, res fuiſſe oppignoratas, ſed, ſi agatur contra tertium poſſeſſorem, probandum eſt, oppignorantem habuiſſe jus oppignorandi, quod in hoc Interdicto ideo probare non eſt opus, cùm ex dictis non detur contra tertium, niſi cauſam ab oppignorante habeat. Dictum fuit denique: *Reſtituatur:* Effectus quippe hujus Interdicti, veluti proportionaliter in aliis, conſiſtit in hoc unicè, ut Actor poſſeſſionem rerum oppignoratarum nanciſcatur.

§. III.

„DUCTOREM, DEBITOREMVE competit) ſed Serviana Actione &c.„ Jam ad extorquendam ſuam ſententiam torqueant etiam ipſum textum neceſſe eſt; hinc ſumunt illud VE explicativè, ut conductor, & debitor hic idem eſſe debeat. Sed væ illis, qui ſine neceſſitate à nativa verborum ſignificatione recedere præſumunt. VE eſt particula adverſativa, adeóque, uti aliàs, etiam hìc facit hunc ſenſum, quod hoc Interdictum non detur, niſi contra conductorem, vel alium quemcunque (debitorem tamen) conſequenter non contra tertium, qualis erat in caſu legis emptor pignorum: Inde eſt etiam, quòd verba initialia textûs ſint concepta in genere de debitore. Quòdſi inſtent: Stante noſtra ſententia actio hypothecaria contra ipſum debitorem erit inutilis, cùm adſit ad manus ipſum Interdictum, quod eſt facilius, cùm contra debitorem ſufficiat probare rem fuiſſe oppignoratam; Magis & nos reſiſtimus, contendimúſque, minimè hypothecariam eſſe ſuperfluam; nam in illa agitur de jure, quod creditori declaratur, & in hoc tantùm de poſſeſſione; idcirco in illa creditor ſecurior redditur, quàm in hoc: Nónne ſi in poſſeſſorio ſuccumberet, poterit ad petitorium tranſire? Sed, rogas, cur competit contra tertium, qui cauſam à debitore habet, cùm tamen iſte tertius optima fide poſſideat? Imprimis notandum non dari contra hunc, niſi quoad res, quæ pignoris intuitu in prædium conductum invectæ, & fortè poſteà diſtractæ ſunt. *arg. d. l. 1. ff. de ſalv. interd. ibi in pr. Si colonus ancillam in fundo PIGNORIS NOMINE DUXERIT.* Id ipſum innuit idem textus in verbis ſequentibus. Ratio autem eſt, quod emptori poſſit imputari, quòd ejuſmodi res, quæ ſolent eſſe pignore affectæ, non cautius emerit. Accedit, quòd illi non auferatur res ipſa, ſed tantùm interim poſſeſſio in ſecuritatem locatoris. Ita *Theſ. Jur. apud Mollemb. loc. cit.* ubi *num. 8.* oſtenditur eſſe, qui defendunt, hoc interdictum dari indiſtinctè contra quemcunque poſſeſſorem. Sed hæc ſententia à juris principiis turpiter exorbitat.

Digitized by Google

§. III.

De Interdictis in ſpecie Retinendæ, & Recuperandæ Poſſeſſionis.

RETINENDÆ Poſſeſſionis Interdicta duo ſunt, Uti poſſidetis, & 15
Utrubi. INTERDICTUM UTI POSSIDETIS *eſt Remedium Prætorium, quo ille, qui turbatur in poſſeſſione rei immobilis, agit contra turbantem, ut relinquatur quietus in ſua poſſeſſione.* Ratio hujus interdicti non ſolùm in eo ſiſtitur, ut ſopiantur violentiæ privatæ; ſed etiam, ut, ſi de proprietate ſit controverſia, & nullus litigantium partes Actoris, quæ difficiliores ſunt, ſuſcipere, ſed in poſſeſſione, juxta conſilium Gaji in *l. 24. ff. de R. V.* ſeſe fundare velit, dum commodius eſt poſſidere, quàm petere, *§. 4. b.* conſtare priùs poſſit, quiſnam poſſideat, quia *civilis & naturalis ratio* (inquit Imperator in *d. §. 4. b.*) *facit, ut alius poſſideat, & alius à poſſidente petat.* Quibus vel maximè correſpondet effatum Ulpiani in *l. 62. ff. de jud. Inter litigantes*, ait, *non aliter lis expediri poteſt, quàm ſi alter petitor, alter poſſeſſor ſit: eſſe enim debet, qui onera petitoris ſuſtineat, & qui commodo poſſeſſionis fungatur.* Sæpè igitur aſtutia, quam quandoque dolum bonum vocaveris, litigare intendentis eò unicè collimat, ut ſe per exercitium quorumdam actuum in poſſeſſione conſtituat, vel alium in quieta poſſeſſione exiſtentem omninò turbet, & ita ad ſuſcipiendas Actoris partes non tam incitet, quàm cogat. Quo caſu turbatus ad hoc Interdictum recurrere debebit, *vid. l. 1. §. 3. ff. uti poſſid.* atque unicè ſe in poſſeſſione fundabit, *d. l. 1. §. 4. l. 2. ff. eod.* Hinc ſi ullum, certè hoc (idem eſto judicium de Interdicto Utrubi) Reale eſt, cùm immediatè ortum ducat ex poſſeſſione. Eſt inſuper Annale, *l. 1. pr. ff. d. t.* ſcilicet in quantum agitur ad id, quod intereſt: In quantum autem aliquid ad turbantem pervenit, in perpetuum agi poteſt, *arg.* eorum, quæ paſſim de Actionibus dicta ſunt. Contra illud, quod reale diximus, rurſus pertinaciter inſurgit Huberus *b. num. 10.* ſed antiqua ſemper cantilena redit. Ait ille: Actio in rem datur ad rei reſtitutionem, quæ hìc obtinere nequit, cùm jam poſſideat: Diſtinguimus gratìs (poſſet enim abſolutè negari, dum ejus eſſentia in hoc ſalvatur, quòd ejus ſubſidiò res, quam habemus, contra quemcunque defendi poſſit) dari ad reſtitutionem vel veram, vel juridicam: In hoc Interdicto adeſt reſtitutio juridica, quatenus, qui à poſſeſſione, quam prætendit, deſiſtit, etiam ſuo modo reſtituit, eámque quietam poſſidenti relinquit. Neque enim, ùt Author ſupponere videtur, datur hoc interdictum habenti jus de-

Digitized by Google

detentionis, contra illum, qui verè tenet, ſed illi, qui actu habet contra illum, qui turbat, ac æquè detinere, aut alterum omninò vult excludere; nam, ſi jam dejecit, non Interdicto, *uti poſſidetis*, ſed *unde vi* experiendum eſt, *arg.* eorum, quæ habet *Vinn. h. ad §. 5. num. 4.* quò vid. Inſtat Huberus: In rem actio non datur poſſidenti, *§. 2. de action.* Regulariter concedimus, abſolutè negamus. Contrarium oſtendimus ſuprà ad *tit. de act. p. 3. §. 3. num. 27.* Addantur dicta ſuperiùs *p. 1. n. 3. verſ. Verùm.* Paucis hic Huberum miſſum facimus, nec ulteriùs morabimur. Poſſeſſio ideo optimè ſalvatur, ùt jus In re, quia, quamvis non tribuat facultatem pro libitu diſponendi, cùm de facto etiam amittatur, tribuit nihilominus liberam facultatem rei inſiſtendi, eámque juris remediis, imò, & quandoque armis defendendi, conſequenter immediatè rem ipſam afficit, atque ſubjicit contra quemcunque turbantem. Hoc Interdicto ſuccurritur cuique poſſeſſori rei immobilis tam naturali, quàm civili, ſi fortè, eo abſente, occupata fuerit poſſeſſio, *arg. l. 3. §. 7. l. 6. §. un. ff. de A. v. A. P.* (a) ſive juſto, ſive injuſto; hoc ipſo enim, quòd poſ-

(a) Verùm qui iſta cohærent cum iis, quæ mox diximus? Noſtra eſt doctrina: Hoc Interdictum non datur contra illum, qui VERE TENET, ſed illi, qui ACTU HABET, contra illum, qui turbat, ac æquè retinere, aut omninò alterum vult excludere &c. Jam his ſtantibûs, rogas, quomodo Interdicto hoc poſſeſſor civilis juvabitur, qui poſſeſſionem non tenet, nec actu habet, ſed ſolùm animo poſſidet? Cohærebunt haud dubiè, ſi animum intendas; ut benè valeas percipere, quod, ut fiat explicatiùs damus. Solo animo poſſeſſionem retineri poſſe, Jurisperitis *ex citt. &* junctâ *L. 4. C. de A. &. A. P.* extra dubium eſt. Dari autem hoc poſſeſſori civili rurſus patet tum ex *dd. ll.* tum ex *§. 4. & 5. h.* Sed, inquis, non tenet! Saltem animo teneo, & quidem tamdiu, quamdiu mea poſſeſſio ſolùm minuitur, turbatur, aut etiam violentia infertur (non tamen poſſeſſio hactenus aufertur) ne valeam, ut aliàs poſſem, uti. At inſtas: hic adhuc poſſideo naturaliter! Negamus, ſaltem propriè, cùm non poſſim pro libitu uti, quod ad poſſeſſionem naturalem requiri, conſtat ex *d. L. 3. § 13. ff. de A. &. A. P.* Hinc per poſſeſſorem non intelligimus eum, qui perfectè dejectus eſt, animúmque amiſit, ſed illum, qui violentia non obſtante animum poſſidendi retinet, illúmque ſe defendendo oſtendit; item illum, qui abeſt, qui utique animo tantùm, non corpore res tenet; quod utilitatis cauſa receptum eſt, ne teſtudinis more perpetuo nos domi continere, aut poſſeſſionem amittere cogamur. Rem hic ſat clarè explanat Pomponius in *l. 25. §. fin. ff. d. t.* ibi: „Quod autem „ſolo animo poſſidemus, quæritur, utrúmne uſque eo poſſideamus, donec alius „corpore ingreſſus ſit, ut potior ſit illius corporalis ingreſſio, an verò (QUOD „QUASI MAGIS PROBATUR) uſque eò poſſideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo deſinamus poſſidere, quod ſuſpicemur, repelli nos „poſſe ab eo, qui ingreſſus ſit in poſſeſſionem? *Et* videtur utiliùs eſſe.„ *En!* quod ſufficiat animus, donec conſtet, alterum velle eſſe poſſeſſorem etiam violentum, quo caſu haud dubiè eſt amiſſa poſſeſſio, & recurrendum ad Interdictum, unde vi, ùt mox dicemus. jung. *d. L. 3. l. 7. ff. eod.*

poſſideat, plus juris hic & nunc (in ſumma poſſeſſionis) habet, quàm qui non poſſidet, *d. l. 1. §. fin. l. 2. ff. uti poſſid.* Et hoc procedit, eſto vi aut clam poſſeſſionem à tertio (ſecùs ſi ab ipſo adverſario) nactus fuerit, *d. l. 1. §. ult. l. 3. princ. ff. uti poſſid.* Dixi tamen *Poſſeſſori*: Intellige eum, qui ſibi, non alteri poſſidet, quales ſunt Depoſitarii, Commendatarii, Inquilini, ſeu Conductores, qui ipſius rei non poſſeſſores, ſed nudi ſunt detentores, ab iis, quibus hoc Interdictum competit, manifeſtè diſtincti per *l. 9. ff. de R. V.* conſequenter non illi, ſed illorum Principales, quorum nomine poſſident, juvandi ſunt, *arg. l. 1. §. 22. l. ult. ff. de vi & vi arm.* Ergo, inquies, ejusmodi detentoribus, de ſe juſtis, minùs tribuemus, quàm violentis, iniquiſque poſſeſſoribus, quibus hoc Interdictum mox ſuprà adjudicavimus? Ita eſt. Nec ſine ratione; nam Prætor tantùm poſſeſſores verè tales, qui ſibi, non aliis, poſſident, imò potiùs ipſam poſſeſſionem (quæ in detentoribus deficit) quàm poſſeſſores tueri voluit, cæterà parùm ſollicitus, num juſta ſit, aut injuſta, *d. l. 1. §. fin. l. 2. ff. uti poſſid.* Neque turbat, quòd detur uſufructuario, *l. fin. uti poſſid.* & aliis ſimilibus: Nam iſti, juxta dicta ſuperiùs *part. 1. n. 2.* obtinent poſſeſſionem propriè, ſaltem minùs ſtrictè talem. Exinde etiam eruitur (quidquid contra ſentiat *Brunn.* refutatus *à D. D. Franz b. t. part. 3. ſect. 3. num. 4. & 5.*) non competere hæredi, caſu quo defunctus fuiſſet turbatus, aut turbatio, hæreditate jacente, ſecuta: quia hæres non fuit turbatus; poſſeſſio enim, cùm facti ſit, in hæredem non tranſit, niſi fuerit apprehenſa, *l. 23. princ. l. 30. §. penult. ff. de A. v. A. P.* vid. quæ diximus *loc. mox cit. num. 4. verſ. Illud ſcire.* Multò minùs competit ſpoliato, ſeu jam vi dejecto; quippe poſſeſſionem non habet, qui amiſit, *arg. l. 7. ff. de A. v. A. P. l. 5. ff. de uſurp. & uſucap.* Neque ſufficit, quòd videatur animô retinere poſſeſſionem; nam ad hoc non ſufficit ſola voluntas; ſed opus eſt, ut adſit facultas, poſſeſſionem, quandocunque placuerit, apprehendendi, *arg. l. 25. §. fin. ff. de A. v. A. P. vid. Hopp. ad §. 5. b. t.* Habebit itaque dejectus tantùm jus ad recuperandam poſſeſſionem, quo ſenſu habetur fictione juris, ac ſi adhuc poſſideret, *l. 17. ff. d. t.* Ratio datur in *l. 15. ff. de R. J. Hopp. ad §. 4. b. verſ. Eſto ergo.* Ex definitione ulteriùs colligitur (I.) dari contra turbantem, ſive dein turbet in uſu exercitii, ſive aliàs ſibi poſſeſſionem arrogct, *d. l. 1. §. 3. d. l. 3. §. 2. & 3. ff. uti poſſid.* Colligitur (II.) obtinere in rebus immobilibus, *d. l. 1. §. 1. & pen. ff. uti poſſid.* Utile tamen extendunt etiam ad rès incorporales, uti ſatis evincitur ex *l. fin. ff. d. t. l. 8. §. 5. ff. ſi ſervit. vind.* Colligitur (III.) Actorem debere pro-

bare, ſe poſſidere, atque in ſua poſſeſſione ab adverſario turbari, quod ſi præſtiterit; nec contra probetur, illum ab adverſario turbante vi, clam, aut precariè tempore litis conteſtatæ poſſediſſe, *arg. d. §. 4. in fin. h.* Jubebitur turbans à turbatione deſiſtere, necnon id, quod intereſt, Actori præſtare, *d. l. 1. l. 3. fin. ff. uti poſſid.* ubi tamen ulteriùs advertendum, in poſſeſſorio ſummariſſimo præferri interim, qui actus poſſeſſorios recentiores docuit: in ordinario, qui antiquiorem oſtendit, *c. 9. de probat.* vid. Stryck, *de Act. for. ſect. 2. num. 2. §. 8. & 9.* Rationem ſubminiſtrat *Gail. de Pignor. obſ. 22. num. 8.* quia junior poſſeſſio præſumitur clandeſtina; Si tempore ſit æqualis, præferendus erit ille, qui poſſeſſionem titulô munitam docet, *d. c. 9.* Quòdſi & in hoc partes ſint, Judex, utrique poſſeſſionem adjudicabit, pronuntians: *Poſſidete, ut hactenùs* (ſed quietè) *poſſediſtis:* quo caſu alter alterum excludere non poterit, niſi ad petitorium recurrat, & ibi probet, ſibi competere rei proprietatem, ſeu jus illius, quod prætendit.

16 Quid, ſi aliquis non tantùm turbatus ſit in poſſeſſione Rei Immobilis, ſed inſuper aliquod ædificium impoſitum ei ſit? Obtinet Interdictum, QUOD VI, AUT CLAM, vi cujus poſſeſſor petit, ut ædificium, vi, aut clam poſitum, reſtituatur, id eſt, deſtruatur, *l. 1. pr. ff. quod vi aut clam.* Oritur ex violenta, vel clandeſtina conſtructione ædificii, ſeu operis, *d. l. 1. §. 1. l. 3. in fin: ff. d. t.* Hinc perſonale eſt; Datur omnibus, quorum intereſt, adeóque etiam nudis detentoribus, puta colonis, inquilinis, vid. *l. 11. §. fin. l. 12. & 16. princ. & §. 1. ff. eod.* Imò & eorum hæredibus, *d. l. 13. §. 5. ff. eod.* Dummodò probetur ædificium, vel aliud opus, de quo vid. *l. 7. §. 2. 3. 5. 6. & 7. ff. d. t.* clam in ſolo, id eſt, re immobili, non fortè navi, quamvis ampliſſima, *l. 20. §. 4.* junctâ *l. 1. §. 4. ff. eod.* fuiſſe poſitum. *Vi* autem facere quis cenſetur, ſi contra prohibitionem, vel nunciationem novi operis faciat, vid. *d. l. 1. §. 5. & ſeqq. ff. eod.* *Clam* facere, ùt ſcribit Caſſius apud Ulpianum in *d. l. 3. §. penult.* ille dicitur: *qui celavit adverſarium, neque ei denunciavit, ſi modò timuit ejus controverſiam, aut debuit timere.* Item ille, ùt putat Ariſto in *d. l. 3. §. fin.*) *qui celandi animo habet eum, quem prohibiturum ſe intellexerit; & id exiſtimat, aut exiſtimare debet, ſe prohibitum iri.* His in judicium deductis, fiet condemnatio, ut opus illud deſtruatur, & quidem expenſis facientis, atque id, quod Actoris ob opus poſitum intereſt, præſtetur, vid. *l. 15. §. 7. & l. 16. §. ult. ff. d. t.* modò annus ab opere perfecto, ſeu completo non ſit præterlapſus, *d. l. 15. §. 3. & 4. l. ult. pr. ff. eod.* Ita, ut neque quæratur, hoc ipſo, quòd vi aut clam fecerit, num habuerit jus ædificandi: *tueri enim jus ſuum*

Digitized by Google

ſuum debuit, non injuriam comminiſci: infit Ulpianus in *d. l. 1. §. 2. ff. d. t.* Ceſſat nihilominus hoc Interdictum, ſi vel ponens acquieverit, *cit. l. 3. §. 2.* vel compenſatio intervenerit, fortè, quòd dominus ſoli ædificium, vi aut clam poſitum, demolitus fuerit, *l. 7. §. 3. l. ult. §. 2. ff. d. t.* vel, ſi incendii avertendi causâ vicinas ædes interciderit, vid. *d. l. 7. §. 4.* aut melioris agriculturæ gratiâ quid fecerit, conſul. *d. l. 7. §. 7. ff. eod. & D. D. Franz h. t. part. 3. ſect. 4. num. 10. & ſeq.*

17 Porrò, ſi quis turbetur in poſſeſſione Rei Mobilis, ſuppetit Interdictum *Utrubi*, quod eſt priori ſimillimum. Et, licèt olim in Interdicto *Uti poſſidetis* tempus præſens fuerit conſideratum, ita, ut, qui Interdicti tempore poſſidebat, ſuperior evaſerit, in Interdicto *Utrubi* verò fuerit habitus reſpectus ad tempus præteritum, adeò ut, qui majori parte anni poſſederat, vinceret, *§. 4. h.* id, quod etiam probat Vinn. *ibid. num. 4.* hodie tamen vix aliter, quàm objectô differunt, *l. 1. §. 1. ff. Utrubi. d. §. 4. h.*

18 Hinc ad Remedia RECUPERANDÆ Poſſeſſionis nos convertimus. Eſt autem primum Remedium recuperandæ poſſeſſionis Interdictum DE VI, ET VI ARMATA, ſeu UNDE VI, quod eſt *Remedium Prætorium, quo ille, qui ex poſſeſſione rei immobilis vi dejectus eſt, agit adversùs dejicientem, petitque, ut poſſeſſio ſibi reſtituatur, §. 6. h. l. 1. pr. ff. de vi & vi arm.* Ratio hujus Interdicti, ſi ulla alia, ſanè eſt æquiſſima, utpote, quæ refrænat violentias privatas publicæ tranquillitati ſummè contrarias, ita quidem, ut hæc violentia non tantùm reſtitutione poſſeſſionis, quod parùm eſſet; ſed amiſſione dominii, ſi dejiciens fuerit dominus, vel præter reſtitutionem, ſi dominus non fuerit, præſtatione æſtimationis jure meritiſſimo coërceatur, *d. §. 6. h. l. 7. C. Unde vi*, atque inſuper Lege Julia *de vi privata*, ſi ſine armis; ſi cùm armis: *de vi publica*, de qua *tit. ult. hujus lib.* puniatur, *cit. §. 6. h.* unde non erit difficilis divinatio, hoc Interdictum eſſe Perſonale, quia ex delicto oritur, atque Annale, quoad intereſſe pœnale, cùm ſit Prætorium, quoad ea verò, quæ ad vi dejicientem pervenerunt, Perpetuum, *d. l. 1. pr. ff. de vi & vi arm.* utpote Rei-perſecutorium. Inde etiam ſua ſponte fluit, competere cuicunque poſſeſſori rei immobilis, aut æquivalentis (quippe in mobilibus, niſi acceſſoriè veniant, *d. l. 1. §. 6. ff. eod.* hoc Interdictum non obtinet) ſive juſtus, ſive injuſtus, ſive bonæ-ſive malæ fidei, ſive civilis, ſive naturalis fuerit, vid. *citat. l. 1. §. 9. 24. & 30. ff. eod.* (a)

(a) Num etiam ii, qui pignus Prætorium ex immiſſione ſunt adepti? Non, quia non quà poſſeſſores, ſed tantùm cuſtodiæ causâ detinent. *l. 3. §. 8. ff. uti poſſ* junctâ *l. 3. §. fin. ff de A. & A. P.* Aliter dicendum de uxore reſpectu rei à marito donatæ, quia ſaltem eſt translata poſſeſſio. *l. 1. §. 10. ff. de vi & vi arm. l. 1. §. 4. ff. de A. & A. P.*

Imò & prædoni, ſive à tertio, ſive ab ipſo domino (ex intervallo tamen, nam in continenti licitum eſt, vim vi repellere, *d. l. 1. §. 27. l. 3. §. 9. ff. d. t.*) vi dejectus fuerit, *d. §. 6. b.* Verùm, an hoc procedat, caſu quo ſit & prædo notorius, & dominus itidem notorius? Id, quod negamus; durum enim, imò iniquum foret, defendere notorium prædonem, contra notorium dominum. Replicabis quidem, iniquius eſſe, tolerari violentias privatas, & publicam tranquillitatem privatorum arbitrio ſubjicere. Aſt falleris, ſi exiſtimes, dominum, vim inferentem, impunè haberi; illum quippe manet pœna Legis Juliæ, *arg. §. 6. b.* Firmatur autem noſtra ſententia (quam nobiſcum defendit cum aliis à ſe citt. *D. D. Franz h. p. 3. ſect. 2. num. 9.*) ex *c. 6. de cauſ. poſſ. & propr.* ubi non eſſe attendendam cauſam poſſeſſionis, ubi de proprietate conſtat, aſſeritur: Deinde quô bonô prædo contra dominum notorium poſſeſſionem mox eidem reſtituendam peteret, utpote exceptione doli mali repellendus, *arg. l. 8. ff. de dol. mal. & met. except. l. 173. §. fin. ff. de R. J.?* Regeres iterum, dominum potiùs dominium amiſiſſe, *d. l. 7. C. unde vi*, adeóque fruſtra repetiturum. At negamus, pœnam hanc obtinere, ſi dominus notorius prædonem notorium ſpoliaverit, cùm in pari cauſa adhuc melior ſit domini conditio, ùt res ipſa loquitur. Addat. *Zoëſ. ff. de vi & vi armat. num. 19.* Sanè, ſi in *cap. 2. de reſt. ſpol. in 6.* negatur reſtitutio ſpoliato contra Parochum tantùm ideo, quia pro iſto contra illum pugnat juris præſumptio; quantò magis erit deneganda notorio prædoni contra notorium dominum? Non obſtant textus, in contrarium adduci ſoliti, quales ſunt, *l. 7. C. ad Leg. Jul. de vi publ. l. 18. pr. ff. de vi & vi arm. l. 4. §. 26. ff. de uſurp. & uſuc.* & alii, quotquot ſunt; cùm facilè reſolvi poſſint de caſu, quo vel dominus non erat notorius, vel prædo non erat notoriè talis. Cùm autem dictum fuerit hactenus, competere poſſeſſori, jam ſequitur non dari nudis detentoribus, ſed illorum Principalibus, *d. l. 1. §. 22. ff. de vi & vi arm.* niſi fortè animum verè poſſidendi induerint, & rem veluti propriam contra alios defendant, ita intellige *l. 12. & 18. ff. d. t. Voët. ff. de vi & vi arm. num. 3.* ubi ſimul advertit, quandoque etiam quà tales, id eſt, quà colonos, aut depoſitarios extra ordinem audiendos eſſe, ſi dominus abſens ſit, ita, ut reſtitutionem petere nequeat, *l. 1. C. ſi per vim, vel alio mod. abſ. poſſ. turb. ſit.* Cæterùm veluti de ſe jam patet, conſtátque ex *d. l. 1. §. 12. 13. & 14. ff. eod.* dari hoc interdictum contra ſpoliantem; non item contra hæredes, in quos tantùm datur actio in factum, in quantum ad eos pervenit, *l. 1. §. fin. l. 2. l. 9. princ. ff. eod. Voët. ibid. num. 5.* multò minùs contra tertium, quamvis ſciat, ſe habere à violento poſſeſ-

ſo-

Digitized by Google

fore, *l. 7. d. t.* ita pariter ex dictis planum eſt, debere Actorem probare, ſed tempore dejectionis fuiſſe in poſſeſſione, atque ex ea cum ſuis violenter dejectum, *arg. d. l. 1. §. 24. 26. & 45. ff. d. t.* unde non ſufficit violentia compulſiva (ſeu metus) per textum apertum in *l. 5. ff. eod.* quia longè alia eſt ratio metu ad abdicandam poſſeſſionem adacti, qui abſolutè loquendo voluit, *arg. l. 21. §. pen. ff. quod met.* & alia violenter expulſi, cujus voluntas ad transferendam poſſeſſionem planè non concurrit. Num ſufficiat probare clandeſtinum ingreſſum? Jure Digeſtorum videtur, quòd non, *arg. l. 6. §. fin. ff. de A. v. A. P.* Secùs ex Conſtitutione Juſtinianea in *l. ult. C. unde vi: Ridiculum enim eſt dicere* (ait ibi) *vel audire, quòd per ignorantiam alienam rem quaſi propriam occupaverit.* Schambog. ad *§. 6. b. verſ. Quæres.* Quid, ſi viſis à longè armatis, quos ad ſe venire, rebatur, aufugerit? Talis non eſt vi dejectus, uti habet Ulpianus, *d. l. 3. §. 6. & 7. ff. de vi & vi arm.* niſi poſſeſſio ab his occupata fuerit. Jam ſi Actor, ſeu dejectus, quæ diximus, Judici probaverit, fiet locus ſententiæ, quâ violentus poſſeſſor condemnandus eſt, non tamen ad rem ipſam cum omni cauſa fructibus, & acceſſionibus, aliíſque acceſſoriis tam propriis, quàm alienis, fortè depoſitis, commodatis, per juramentum, juxta *l. 9. C. unde vi* (ſi aliunde non conſtent) à dejecto taxandis; ſed etiam ad omnes fructus à facta dejectione perceptos, unà cum eo, quod intereſt, reſtituendos. Conſul. *d. l. 1. §. 33. 37. 40. & 41. ff. d. t.*

Alterum Remedium Recuperandæ Poſſeſſionis eſt REMEDIUM ex *cap. SÆPE CONTINGIT 18. de reſt. ſpoliat.* interdictô unde vi in eo ſatis pinguius, quòd non tantùm detur contra vi dejicientem, ſed etiam contra alium quemcunque malæ fidei poſſeſſorem, ex ratione, quam ibi ſubminiſtrat S. Pontifex, *cùm ſpoliatori quaſi ſuccedat in vitium, eò quòd non multum interſit quoad periculum animæ, injuſtè detinere, ac invadere alienum.* 19

Tertium Remedium Poſſeſſionis Recuperandæ eſt decantatum illud ex *Can. REDINTEGRANDA 3. c. 3. q. 1.* ubi ſancitur, ut Epiſcopis exſpoliatis, vel ejectis omnia ſint *redintegranda, funditùſque revocanda, non obſtante quacunque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia majorum, aut per quaſcunque injuſtas cauſas res Eccleſiæ, vel proprias, aut ſubſtantias ſuas perdidiſſe noſcantur.* Et, quamvis hic textus tantùm de Epiſcopis loquatur, ob æquitatem tamen, quam præfefert, ſummam etiam ad alios ex interpretatione tum Scriptorum, tum Pragmaticorum extenditur, *arg. l. 12. & 27. ff. de legib. Gail. lib. 2. obſ. 75.* Jam, uti hoc ferè apud omnes in confeſſo eſt, ita adhuc in obſcuro latitat, 20

utrùm

utrùm non tantùm contra malæ-ſed etiam contra bonæ fidei poſſeſſorem poſſit extendi? Id, quod, ùt multò æquius, probabiliter defenditur; cùm generaliter, & ſine ulla reſtrictione ſit conceptus, jubeátque, ut Epiſcopis (idem de aliis) omnia ſint redintegranda, nullâ factâ mentione quis poſſideat. Hinc videtur, ad exemplum Actionis quod metûs cauſa, eſſe in rem ſcriptum. Et hanc ſententiam, licèt in Theoria dubiam faciat Stryk. *de Act. for. ſect. 2. m. 22.* in praxi tamen receptam, æquámque contendit; ſi enim, inquit, rem furtivam à quocunque poſſeſſore, etiam pretiô non refusô, repetere fas eſt, *l. 23. C. de R. V.* cur non, & rem vi ablatam? Et meritò ſanè! Cùm majus hoc, quàm illud ſit vitium: Cui opinioni vel maximè ſuffragatur, *Can. 2. d. cauſ. 3. q. 1.* in verbis: *A QUIBUSCUNQUE detinentur.* Ratio autem potiſſima, quæ hanc ſententiam reddit dubiam, non eſt contemnenda; ſiquidem, ſi jam vigore *cit. Can. redintegrandi* res violenter ablatas à quocunque poſſeſſore etiam bonæ fidei revocare licuiſſet, fruſtra Innocentius III. in *d. c. ſæpè 18.* quod eſt longè recentius, contra Juris Civilis rigorem ſtatuiſſet, ut poſſeſſio vi ablata, non tantùm ab ipſo dejiciente, ſed à quocunque poſſeſſore, ſpolii tamen conſcio, poſſit revocari. Verùm textus commodam interpretationem recipiet, ſi dicatur emanâſſe (út aliàs in Jure Canonico fieri conſueverat) occaſione cujuſdam caſûs particularis, quo nimirum poſſeſſor rem SCIENTER à ſpoliatore recuperat, eúmque in textu fuiſſe à Pontifice repetitum; nec ultrà cogitâſſe, quid à ſuis Anteceſſoribus, præſertim antiquioribus generaliter ſtatutum fuerit: Nec enim ſemper omnia retro-præſertim ab aliis acta, ſtatim incidunt. Ergo inſtabis, pari paſſu venient bonæ-& malæ fidei poſſeſſor? Quænam abſurditas! Utrumque damnamus, ùt æquum eſt; poſteriorem quidem ad reſtitutionem mox & ſine ullis ambagibus ſpoliato faciendam, cùm ſpoliatori ſuccedat in vitium: Priorem ad rem ſpoliato reddendam, ſi ille ſuam poſſeſſionem, quam repetit, titulo quodam coloraverit; quam limitationem nullatenus reſpuere, imò potiùs ſubminiſtrare videtur, *cit. Can. redintegranda 3. cauſ. 3. quæſt. 1.* in verbis: *Res Eccleſiæ, vel proprias, aut ſubſtantias ſuas perdidiſſe noſcuntur.* Unde apparet conſtare debere (ſaltem modò quodam præſumptivo) fuiſſe res ipſius ſpoliati. (a)

TI-

(a) Imò hæc limitatio omninò firmatur ex *cit. c. 18. de reſt. ſpol.* ubi ſatis apertè colligitur, voluiſſe Pontificem maximè iis conſulere, qui ex defectu probationis dominii re, qua ſunt ſpoliati, poſſeſſione in alterum tranſlata, carere non raro debent, juſſitque ideo, ut poſſeſſio in continenti (conſequenter nulla dominii probatione præmiſſa) reſtituatur, modo conſtet de ſpolio, & quod alter *ſcienter receperit*, verba textûs initialia ita

TITULUS XVI.

De Pœna temerè Litigantium.

QUemadmodum hodie, prô dolor! homines ad lites ita proclives experimur, ut quibuscunque pacis conditionibus oblatis, ne dicam diſſuaderi, ſed potiùs in ſua pertinacia magis, ac magis obfirmari videantur, ita olim non minorem inſediſſe Romanis litigandi pruritum, docemur exinde, quòd *temeritas tam Agentium, quàm eorum, cum quibus agitur, modò pecuniariâ pœnâ, modò infamiæ metu coërceri debuerit*, prout innuit Imperator *in princ. h.* Cùm igitur tum Reipublicæ, tum privatorum, qui non raró quotidianis litibus ſe, ſuáſque facultates adeò exinaniunt, ut Crœſos depauperatos intueri liceát, maximè interſit, ne lites, quibus concordia, civiúmque inter ſe nexus, ac conſenſus diſſolvitur, multiplicentur; operæ pretium erit, modos, quibus ingenita hæc licentia refrænari tantiſper poſſit, percurrere.

Primum itaque temeritatem hanc coërcendi remedium viſum fuit, JURAMENTUM CALUMNIÆ, quod *eſt Religioſa Aſſeveratio, qua Litigantes, Judice deferente, aſſerunt, credere, ſe habere juſtam litigandi cauſam, & ſimul promittunt, ſe nolle calumnioſè litigare.* Dictum fuit: *Religioſa Aſſeveratio.* Id eſt, Invocatio Divini Nominis in teſtem veritatis, in qua omnium juramentorum ſubſtantia conſiſtit. Nullum quippe eſt per creaturas, utpote defectibiles, jusjurandum, *c. 9. & 10. cauſ. 22. q. 1.* Dictum fuit: *Qua Litigantes.* Adeóque tam Actor, quàm Reus, illorúmque Advocati, ac Procuratores (hodie ſufficit (ſaltem regulariter) juramentum ab initio ſuſcepti officii præſtitum) *l. 2. pr. C. de jurejur. propt. calum.* Nec non Tutores, atque Curatores, qui omnes à ſiniſtra præſumptione, religioſa hac aſſeveratione, & quidem perſonaliter, non per

ita ferunt: „ Sæpè contingit, quòd ſpoliatus per ſpoliatorem in alium re tranſlata, „ dum adverſùs poſſeſſorem (tertium) non ſubvenitur, per reſtitutionis beneficium „ eidem ſpoliato, commodo poſſeſſionis amiſſo, PROPTER DIFFICULTATEM „ PROBATIONUM JURIS PROPRIETATIS AMITTIT EFFECTUM. *Meritò* igitur ſtatuit Pontifex, ut tertius, nulla facta probatione dominii, vel quaſi, non aliter teneatur reſtituere, quàm ſi ſcienter receperit. Durum quippe aliàs foret, ſi bonæ fidei poſſeſſor etiam illicò, ſicut alter, deberet reſtituere; hinc non illico, & in inſtanti, ſed probato (ſaltem perſunctoriè) dominio, vel quaſi, aut alio jure, in quo eſt facta ſpoliatio, reſtituere compellitur: In verbis: *Aut SUBSTANTIAS SUAS perdidiſſe NOSCUNTUR.* Adeóque priùs conſtare debet, quòd SUIS ſubſtantiis fuerit ſpoliatus, qua probatione contra ipſum ſpoliatorem, vel tertium ſpolii conſcium non eſt opus. *arg. cit. c. 18. de reſt. ſpoliat.*

Procuratorem (quod tamen Jus Canonicum in *c. 3. & 4. de juram. calum.* & praxis hodierna, qua nimirum Procurator admittitur, non obſervat) præſtita, ſeſe liberare obſtringuntur, *d. l. 2. §. 2. & 3. C. d. t.* Nec diſtinguitur, ſintne Clerici, num Laici? Nam & illos debere jurare de calumnia, ſtatutum eſt in *cap. fin. de juram. calum.* licèt in nulla cauſa (quod de Laicis tam generaliter non verificabitur, *arg. l. 2. §. 3. & 4. C. de jurej. propt. calum. l. 97. ff. de C. & D.*) cogi poſſint, ut ipſi jurent, niſi ipſi perſonaliter litigent, ſed ſemper poſſint cauſam delegare, & ita juramentum præſtare per procuratorem, ita cum *Clariſſ. D. P. Böckhn d. t. num. 6.* intelligimus *cap. 1. eod.* Et hoc modo erit ſublata apparens inter hos duos textus in *cap. 1. & ult. d. t.* antinomia, quæ nullatenus ſolvitur vulgata diſtinctione, quâ dicunt, Clericum non teneri jurare coram Judice Laico, benè verò coram Clerico, uti pluribus oſtendit *Laud. Colend. D. P. Böckhn ibid.* (a)

2 Et hæc jurandi neceſſitas tam rigoroſa eſt, ut Jure Civili hoc juramentum abſolutè debeat præſtari, nullóque modo ſit remiſſibile, *d. l. 2. §. 4.*

(a) Siquidem non fuiſſe quæſtionem, num teneatur coram Judice Laico, exinde colligitur, quòd in *cit. cap. 1.* expreſsè ſtatuatur, Clericum non poſſe compelli ad juramentum, ſive ſit cauſa civilis, ſive CRIMINALIS. Jam qui poterit Clericus coram Judice laico ſtare in judicio in cauſa criminali? Non ùt Actos ob periculum irregularitatis: Non ùt Reus, quod per ſe patet. Vide-ſis deſuper, & diſce revereri Clericos à pientiſſimo Imperatore Conſtantino M. qui non ſuperſtitione, ùt turpiſſimè calumniantur, ſed vera religione ductus ſuam in ſtatum Clericalem propenſionem (dicerem meliùs venerationem) verbis aureis verè literis imprimendis, palam fecit. VOS (ita ſolitus dixiſſe fertur in *c. 5. & 41. c. 11. q. 1.*) DII ESTIS A VERO DEO CONSTITUTI: ITE, ET INTER VOS CAUSAS DISCUTITE, QUIA DIGNUM NON EST, UT JUDICEMUS DEOS. Item in *c. 8. diſt. 96.* VERE SI PROPRIIS OCULIS VIDISSEM SACERDOTEM DEI, AUT ALIQUEM, QUI MONACHICO HABITU CIRCUMAMICTI SUNT, PECCANTEM, CLAMTDEM MEAM EXPOLIAREM, ET COOPERIREM EUM, NE AB ALIQUO VIDERETUR. Num hodie ejusmodi inſiſtatur principiis: Num tanta ſit Cleri æſtimatio, experientia conſtat. Hæc per tranſennam! Revertamur ad noſtrum textum in *cap. 1.* ubi clarè intelligere eſt, loqui de caſu, in quo Clericus eſt Reus, & hinc non poſſe intelligi de Judice Laico; Ibi: *Non Epiſcopus, non Presbyter, non Clericus in quacunque cauſa &c. jusjurandum compellatur qualibet ratione ſubire; ſed aliis idoneis defenſoribus* (qui utique partes Rei ſuſtinent) *ſi ita Eccleſia ſua noverit expedire, hujusmodi officium* (videlicet præſtandi juramentum) *liceat delegare.* En! quòd non poſſit determinatè cogi, ut perſonaliter ad jurandum compareat. Quod ſi Eccleſiæ expedire exiſtimaverit, poterit in perſona comparere, & jurare; ſed non aliter, quàm ex licentia ſui Superioris, ceu innuunt verba finalia *cit. text.* Quæ tamen ſolennitas, uti teſtantur, vix hodie obſervabitur. *Exindè* ſatis colligitur, fuiſſe ſolummodò dubitatum, num poſſint cogi ad perſonaliter jurandum, & ſecutam deciſionem (cui optimè conſonat *cit. c. fin.*) negativam, datámque electionem, num per ſe, num verò per alium velit calumniæ juramentum deponere.

Digitized by Google

§. 4. verſ. Sed quia veremur. Non enim tam in favorem litigantium, quàm boni publici, ut veritas eruatur, fuit introductum. *c. 32. de jurej.* Jure Canonico verò, quod & praxis moderna ſequitur, quamvis expreſsè remitti non poſſit, poteſt tamen ſalvâ proceſsûs ſubſtantiâ diſſimulari, veluti in terminis traditur in *cap. 1. §. propter. de juram. calum. in 6.* Nec officit, quòd in *cit. cap. 5. d. t. & cap. 3. de fidejuſſ.* talis conſuetudo reprobetur. Nam vel intelligendi ſunt hi textus de conſuetudine nondum legitimè præſcripta, id eſt, ſuis requiſitis inſtructa, vel de conſuetudine præſenti, aut præterita; non item futura, præſertim, ſi ſit immemorialis: hac diſſimulatione tamen, ſeu, ùt vocant, tacita remiſſione non obſtante, poterit in quacunque judicii parte adhuc exigi. *c. 1. d. t. in 6.*

Ambigitur, num ſaltem Parentibus, ac Patronis, ſi cum liberis, vel libertis ſuis litigent, non ſit expreſsè remittendum? Negat Paulus in *l. 14. ff. de jurej. Quoties*, inquit, *propter rem juratur, nec parenti, nec patrono remittitur jusjurandum.* Ita pariter docet Ulpianus in *l. 34. §. 4. ff. eod.* ibi: *Hoc juramentum de calumnia neque Patrono, neque Parentibus remittitur.* Affirmat idem Ulpianus in *l. 16. ff. d. t.* in verbis: *Sed, etſi ipſe* (Patronus) *deferat jusjurandum libertæ ſuæ de calumnia NON debet jurare.* Manifeſta, ùt videtur, antinomia! Variæ ſunt explicationes: receptiſſima eſt emendatio, quòd in *l. 14. & 34. §. 4.* pro *NEQUE* legendum ſit *ÆQUE.* Id eſt, ut æquè Patrono, ac Parentibus ſit remittendum. Nobis alia conciliatio arridet. Contendimus in Theſi ob reverentiam parentibus, ac patronis à liberis, vel libertis debitam, eſſe remittendum, adeóque non poſſe exigi. Ita idem Ulpianus in *l. 7. §. 3. ff. de obſeq. parent. & patr. præſt.* ibi: *Nec deferentes jusjurandum de calumnia jurant*, addatur *§. 4. ibid.* Idipſum docet Laud. JCtus in *l. 13. §. 14. ff. de dam. inf.* In hypotheſi tamen, fortè, quòd filius, vel libertus ſint optimæ famæ, parens, aut patronus econtra de calumnia, ſeu juſtitia cauſæ videantur ſuſpecti, neuter erit à præſtatione hujus juramenti eximendus. Ita ſatisfiet *cit. l. 14. & 34. §. 4. Gonzalez ad cap. ult. de juram. calum. in 6. in fin.* Prout itaque nemo ab hoc juramento abſolutè exceptus eſt; ita etiam præſtandum in omnibus cauſis, *l. 1. C. de jurejur. propt. calum.* tam temporalibus, quàm ſpiritualibus, *c. 1. §. quamvis in cauſis. de juram. calum. in 6.* per quod derogatur, *c. 2. X. eod.* ubi cauſæ ſpirituales leguntur exemptæ. 3

Dictum fuit in definitione ulteriùs: *Judice deferente:* hoc ipſo enim, quod maximè in favorem publicum ſit introductum, debet etiam publica authoritate injungi, *d. l. 2. §. 4. & ibid. Auth. principales. C. de jurej. propt. calum.* Dictum fuit: *Aſſerunt &c.* Per quas particulas indica- 4

dicatur, hoc juramentum partim eſſe aſſertorium, & quidem credulitatis, quatenus aſſerunt, ſe credere habere cauſam juſtam; partim promiſſorium, quatenus ſimul promittunt, ſe, ùt decet, bona fide litem tractaturos, eámque, veritatem fatendo, inutiles dilationes reſecando, debitis, id eſt, non falſis inſtrumentis, ſeu allegationibus, aut teſtibus utendo, proſecuturos: Hujus juramenti contenta referunt his verſibus:

Juro meam litem mihi fultam jure videri:
Nec celaturum, quando rogatus ero:
Nec promiſſurum, nec cauſæ falſa levandæ
Dicere, nec litem ducere velle meam.

Hinc fluit Effectus, quòd, ſicut ejus præſtatio liberat à ſuſpicione calumniæ, ita recuſatio faciat, ut, ſi ſit Actor, qui recuſat, non audiatur, ſi Reus habeatur pro confeſſo, *d. l. 2. §. 6. & 7. C. de jurejur. propt. calum.* fiátque locus ſententiæ *d. l. 2. §. 6. & Auth. principales §. 5. C. d. t.* Quid, ſi Procurator jurare nolit? Probabiliùs non nocet ſuo Principali, ſuppoſitô, quòd mandatô ad jurandum inſtructus ſit, quia factum merè perſonale, ùt eſt contumacia in jurando, non principali, ſed ipſi Procuratori tantùm nocivum eſt, *l. un. §. 2. ff. ſi quis jus dic. non obtemp. P. Engel de juram. calum. n. 3.* quam ſententiam æquiorem pronunciat Gail. *obſ. 89. n. 4.* Interrogas, num poſſit ſæpiùs exigi, vel præſtari? Id, quod de juramento calumniæ, quod *Generale* vocamus, negandum, hoc ipſo, quòd illud ab initio in ordine ad totam cauſam præſtetur, *nov. 49. c. ult. §. 1.* Quòdſi reſpectu unius, vel alterius actûs emergat nova ſuſpicionis cauſa, fortè, quòd Reus v. g. nimias dilationes petat, poterit exigi, atque imponi juramentum malitiæ, quod appellatur *Speciale*, vi cujus circa hunc actum ſeſe à malitia præſumpta purgare litigans debebit, vid. *c. 2. §. fin. d. t. in 6.* Et, ſi jurare noluerit, itidem Actor circa illum articulum non audietur, & Reus habebitur pro confeſſo. *Hopp. b. ad §. 1.* Cæterùm, quamvis juramentum calumniæ liberet, uti dictum, à ſuſpicione fraudis, non tamen tollit obligationem ſolvendi expenſas, ſi fuerit inventus temerarius litigator: Nec enim idem eſt calumnioſè, & temerè litigare; Illud quippe malitiam, ſeu dolum; hoc tantùm culpam, ſeu negligentiam, quam non benè ruminando merita cauſæ committere quis poteſt, denotat, vid. *Can. 10. cauſ. 30. q. 5.*

5 Alterum remedium, refrænandi nimis proclivem ad lites animum, eſt CONDEMNATIO IN EXPENSAS, quatenus non tantùm calumnioſus, ſed etiam temerarius Litigator ad reſarciendos ſuo adverſario litis

Digitized by Google

litis ſumptus, prævia tamen, juxta *Auth. poſt. jusjurandum. C. de jud.* Judicis moderatione condemnandus eſt *§. 1. h. l. 79. pr. ff. de jud. Eum,* inſit JCtus, *qui temerè adverſarium ſuum in judicium vocâſſe conſtitit, viatica, litisque ſumptus adverſario ſuo reddere oportebit.* Olim erat decima pars litis, *d. §. 1. in fin. h.* Temerarius autem Litigator audit, qui non habuit probabilem litigandi cauſam, quod communiter arbitrio Judicis relinquendum, *arg. l. 1. §. 2. ff. de jur. delib.* Inter probabiles autem litigandi cauſas ponunt (I.) Probationem ſemi-plenam, etiam ex indiciis, ſeu præſumptionibus inductam. (II.) Reſponſum cujusdam facultatis Juridicæ, vel opinionem aliorum plurium Doctorum, imò & unius, ſi ſit magni Nominis. (III.) Stringentem Juris Regulam, cujus virtute onus probandi in adverſarium transfertur. IV. Obtentam in prima inſtantia (pro diverſitate Judicis) ſententiam &c. Num victor quandoque in expenſas condemnetur? Eſto plerumque, ſi nimirum cauſa fuerit utrinque probabilis, expenſæ hinc inde compenſentur, ad expenſas tamen victoriæ temerario litigatori refundendas, victor nunquam condemnabitur, *arg. d. l. 79. ff. de jud.* benè verò ad expenſas contumaciæ, vel retardati ſtudiô proceſsûs, *l. 12. §. 2. l. 15. C. de jud. l. 4. C. de fruct. & lit. expenſ. Hopp. h. ad §. 1.*

Tertium, & ultimum Remedium compeſcendi temeritatem Litigantis eſt INFAMIA, quæ in quibusdam Judiciis irrogatur, *§. 2. h.* Eſt autem Infamia (Famæ hominis, quæ juxta *l. 5. §. 1. ff. de extr. cognit.* exiſtimationis illæſæ ſtatus legibus, ac moribus comprobatus dicitur, oppoſita) *Macula quædam turpi, & illicito facto contracta, exiſtimationem apud alios lædens.* Dicitur notanter: *Turpi, ſeu illicito facto contracta.* Unde colliges, infamiam non, niſi facto turpi, ac illicito contrahi, ſeu irrogari, *d. l. 4. §. 1. ff. de extr. cognit.* Hinc erronea eſt vulgi opinio, carnifices, lictores, ſatellites, & reliquam Judiciorum turbam, vulgò Gerichts-Diener, alibi Ambt-Leuth, Ambt-Mann, infames eſſe, cùm nullatenus delinquant: Dicuntur potiùs perſonæ levioris notæ, quatenus ſeſe mancipant ſordido vitæ generi, ſeu conditioni, vid. omninò *Stryck. V. M. P. de his, qui not. infam. §. 3. 4. & 5.* 6

Alia eſt Juris, alia Facti, *arg. l. 2. ff. de obſeq. par. & patr. præſt. Illa* eſt, quæ Juris authoritate irrogatur, ſeu, quando factum aliquod turpe ab ipſa lege infamiâ notatum eſt. *Iſta*, quæ ex turpi facto contrahitur, quod à jure non eſt quidem infamiâ notatum; ſed nihilominus ejus exiſtimatio apud graves, & honeſtos Viros (apud malevolos nemo non eſſet infamis) minuitur: hanc incurrit, qui ancillam ſtupravit, *l. 25. C. ad L. Jul. de adult.* qui ob dolum in judicio non famoſo, puta,

Digitized by Google

condictione furtiva, actione recantatoria condemnatur. Infamia juris rurſus, vel *Immediatè* ſine ulla Judicis ſententia, adeóque ipſo jure irrogatur, fitque delinquens infamis, & vocatur *Legalis*, vel mediante Judicis ſententia, & nuncupatur *Judicialis*, vid. *l. 20. ff. de his, qui not. infam. l. 13. l. 17. & 19. C. ex quib. cauſ. inf. irrog.* Prior contrahitur in delictis de ſe notoriis, & palam commiſſis, ita, ut nulla tergiverſatione negari, aut excuſari poſſint, quò ſpectant (I.) qui Lenocinium exercent, *l. 1. & 4. §. 2. ff. de his, qui not. infam.* (II.) qui quæſtûs gratiâ (aliter, ſi virtutis amore, *l. 4. ff. eod.*) in ſcenam prodeunt, *l. 2. §. 5. ff. eod.* Hodie rigor iſte circa eos, qui quæſtûs gratiâ in ſcenam prodeunt, utpote honeſtiores, prorſus ſublatus videtur, & meritò; longè quippe major erat veterum Comœdiarum laſcivia. *Thomaſ. ad Hub. ff. de his, qui not. infam. num. 20.* Jungantur ea, quæ in Comœdorum hodiernorum favorem habet *Stryck. U. M. P. de his, qui not. infam. §. 7. & 8.* (a) (III.) Mulier in adulterio deprehenſa, *l. 43. §. 12. ff. de R. N.* (b) Poſterior obtinet in factis turpibus lege quidem notatis, ſed non ita notoriis, adeóque clam commiſſis. In his quippe requiritur ſententia. Exempla ſunt in expilatoribus hæreditatum, *l. 12. C. d. t.* in violatoribus ſepulchrorum, *l. 1. ff. de ſepulch. viol.* Utriusque infamiæ extant exempla in *l. 1. & paſſim ff. de his, qui not. infam.* Paucis: omnia delicta publica, & privata (excipe delictum Legis Aquiliæ, *arg. l. pen. ff. ad L. Aquil.* fortè ideo, quia ſufficit culpa, & quidem etiam leviſſima) infamiam irrogant, *l. 7. ff. de publ. jud. §. 2. b. & l. 4. §. fin. ff. de his, qui not. infam. Hopp. h. ad d. §. 2.* Ut autem in his etiam incurratur infamia, debet quis eſſe nomine proprio definitivè condemnatus: hinc Curator nomine minorennis damnatus, non notatur infamiâ; idem de Procuratore dicendum, *l. 6. §. 2. ff. de his, qui not. infam.* Propterea ſuadetur communiter, ut, ſi

(a) Ibi ita diſſerit. Nil enim aliud ſunt, quàm Scholæ morales, quibus vel Heroicæ aliorum actiones exhibentur, & laudantur; vel aliorum vitia (& rariùs ſine acumine) horúmque infeliciſſimi exitus (qui quandoque terrent) oſtenduntur, ita, ut quid imitari, quid evitari deceat, advertant Spectatores. Si ergo hæc omnia ſalva pudicitia, morúmque modeſtia peragantur (quod præprimis inculcandum, & ſeverè injungendum) ſi non continuo, nec *D*ominico die (ſolet alius eſſe exceptus) ſed alio tempore opportuno exerceantur, nil maculæ aſpergi talibus Comœdiis poteſt. Quæ enim honeſtè ab aliquo enarrari, aut in Hiſtoricorum, ſeu Poëtarum libris legi poſſunt, cur non etiam per proſopopejam decenter populo poterunt exhiberi? *Firmiùs quippe* Spectatorum animis, quæ oculis ſerviuntur virtutum exempla inhærenct Actorum, ùt ajunt, geſtus, ſi fuerint apprimè compoſiti, vox benè articulata magis animos movet, regitque, quàm exanimis lectio. His tamen omnibus præſertim Junioribus cautè, & cum prudentia utendum, non raro enim immiſcentur parùm pudica.

(b) Addatur alius caſus ex *l. 7. C. de interd. matr. int. tut. & pupill.*

ſi fieri poteſt, in cauſis famoſis agatur per Procuratorem: & ita evitabitur infamia, tum Procuratoris, ex dictis, tum Principalis; quia ſententia non in ipſum, ſed in Procuratorem fertur, *l. 1. C. de ſent. & inter.* Opus inſuper eſt, ne à Judice ſolitô graviùs fuerit punitus. Nam, ſi gravior pœna dictata ſit, cenſetur infamia remiſſa: *Gravioribus etenim pœnis affectos* (inquit Papinianus in *l. 15. princ. ff. ad municip. de incol.*) *IGNOMINIA, veluti transactô negotiô poſtea LIBERARI.* Jungat. *l. 10. §. fin. ff. de pœn. l. 4. C. ex quib. cauſ. inf. D. Ayblinger h. num. 21.* videri poſſunt exempla in *l. 13. §. 7. ff. de his, qui not. infam.* Dixi mox *Graviùs:* aliàs à Judice fama reſervari non poteſt, quia Judex non debet eſſe mitior lege, *l. 11. ff. de pœn.* niſi ipſe ſibi infamiam irrogare velit, *l. 8. §. ult. C. ad L. Jul. de vi publ.* Limita in actione injuriarum, ubi praxis invaluit, ut fama reſervetur. *Gail. 1. obſ. 65. num. 6. Carpzov. pract. crim. q. 94. num. 78.* Num actiones ex contractu infament, ſi dolus intervenerit? Regulariter negatur, quia in contractibus non agitur principaliter de dolo; ſed de præſtatione ejus, quod ex contractu debetur, ita, ut dolus tantùm ſe habeat per accidens, *vid. l. 7. ff. de his, qui not. infam.* Dictum fuit: *Regulariter.* Excipiuntur enim contractus illi, in quibus agitur de ſingulari fide, quam contrahens in altero contrahente ſpecialiter reſpexit, quæ, ſi dolô fracta fuerit, infamiam irrogat: Sunt autem quatuor: Actio Tutelæ, Mandati, Depoſiti (intellige Directas) & pro ſocio, quæ utrinque Directa eſt, *d. §. 2. h.* In his quippe contractibus ſpecialis fides exigitur. Siquidem in Tutore tanta fide opus eſt, quanta in patre, *vid. §. 6. de ſuſp. tut. l. 4. §. 1. & 2. ff. eod.* In Mandato, quod fundatur in amicitia, *d. l. §. fin. ff. mand.* turpe admodùm eſt, duas illas ſanctiſſimas res fidem, & amicitiam violâſſe, *l. 6. §. 5. ff. de his, qui not. infam.* In Depoſito ſimiliter ſingularis fides ſpectatur; cùm in voluntario non, niſi apud amicum, deponamus: ſi neceſſarium ſit, afflicto omni modo ſuccurrendum eſt, ne præter incendium, & ruinam, etiam vicinos infidos experiri cogatur, *arg. l. 1. §. 1. depoſ. l. 10. Cod. eod.* Societas jus quoddam fraternitatis admixtum habet *l. 63. ff. pro ſoc.* Debet tamen in ſententia fuiſſe doli facta mentio, *arg. l. 4. §. 1. & 2. ff. de ſuſp. tut.* Alioquin ex culpa potiùs, quàm dolo contrahens condemnatus præſumitur, *arg. l. 55. ff. de evict.* Rogabis, cur tantùm actiones directæ infament? Quia ſolummodo in his agitur de fide rupta. In contrariis enim præcisè ad intereſſe, ſeu indemnitatem agitur, *l. 6. §. fin. ff. de his, qui not. infam.* Si tamen etiam in actione contraria ſpecialis perfidia emergeret, non videtur, cur non etiam iſta infamem facere poſſit, ùt habetur caſus notabilis in *d. l. 6. §. 5. Voët. ff. d. t. num. 2.*

Præ-

Digitized by Google

Præter enumeratas infamiæ ſpecies datur Infamia, ùt vocant, *Conventionalis*, quæ etiam juris eſt, & immediatè ex conventione naſcitur: Hanc incurrit, quicunque ſuper delicto famoſo paciſcitur, ſeu tranſigit, ac ſi reverà eſſet condemnatus, *d. §. 2. b. vid. l. 6. ff. de his, qui not. infam.* quia tranſigendo videtur delictum fateri; aliàs quippe non tranſigeret, *l. 5. ff. eod.* Confeſſus autem habetur pro judicato, *l. 2. & 3. ff. de confeſſ.* Quod tamen intelligendum, ſi tranſigat in delictis privatis pretiò datò, non precibûs, *arg. l. 6. §. 3. ff. de his, qui not. infam.* ex qua explicanda *l. 7. §. 14. in fin. ff. de pact. Hub. h. num. 4.* Aut etiam in publicis, ſed non capitalibus. In delictis enim capitalibus (ſi adulterium excipias) tranſactio Reo citra metum infamiæ indulgetur, *vid. l. 18. C. de tranſact.* quia ignoſcendum videbatur ei, qui modo quocunque ſanguinem ſuum redimere ſtuduit, *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. ſent. ſibi mort. adſciſ.* Illud adhuc rogari poteſt, num infamia ſemel contracta ſemper duret? Quod affirmatur, ſi delictum de ſe ſit famoſum, ſecùs, ſi ob crimen extraordinarium infamia à Judice ſit impoſita, finge, quòd delinquens ad biennium fuerit relegatus, hæc quippe tamdiu durat, quamdiu pœna, quæ fuit impoſita. *Mollemb. in Theſ. Jur. ff. de his, qui not. infam. num. 36.* Cæterùm claudit hunc titulum, imò totam Actionum materiam, Tribonianus, præmonendo, Actionum inſtituendarum principium eſſe in jus vocationem, à qua uti (ſi latè ſumatur, ſtrictè enim à litis conteſtatione) incipit Judicium, ſeu Proceſſus, ita in executione deſinit: Sed quia hæc materia nobis fugitiva eſt, videlicet ad rubricam impertinens, ejus diſcuſſione, ad quos ſpectat, remiſſa, quodnam ſit in Actionibus, de quibus hactenus, munus Judicis, perluſtrabimus.

TITULUS XVII.

De Officio Judicis.

1 Viſis omnium Actionum ſpeciebus, iiſque diſcuſſis, quæ circa litigantes, ne temerè ad lites proſiliant, ſunt obſervanda, meritò Imperator exhibet, quale in iis eſſe debeat officium Judicis. Definitur autem Judex, qui non rarò in jure vir bonus audit, *l. 137. §. 2. ff. de V. O. l. 18. ff. jud. ſolv. l. 17. §. 5. de injur.* quòd ſit *Perſona authoritate publica conſtituta ad cognoſcendum de cauſis controverſis, eáſque ſuâ ſententiâ dirimendas.* Dicitur: *Authoritate publica*, ut differat ab arbi-

tro

tro compromiſſario, qui à privatis compromittentibus poteſtatem decidendi accipit, *l. 3. §. 1. l. 32. §. 15. ff. de recept. qui arbitr. recep.* Dicitur: *Ad cognoſcendum &c.* ſiquidem in cauſæ cognitione, ejúſque legitima deciſione potiſſimùm conſiſtit, utì mox videbimus, Judicis officium. *Vinn. h. ad pr. num. 2.* Neque exiſtimes, definitionem eſſe mancam, ſeu obtruncatam, cùm deberet addi: *atque ſententiam exequendi.* Nam nimìs videris ſollicitus pro poteſtate Judicis, cùm non quilibet Judex exequendi poteſtate inſtructus ſit: Ita recepimus à Divo Pio apud Ulpianum in *l. 15. pr. ff. de re jud.* ubi executionem non Judicibus conceſſam, ſed Magiſtratibus eos conſtituentibus reſervatam legimus. Inde fluit, quòd

Alius ſit Judex Juriſdictionalis, alius Notionalis. *Ille* eſt, qui Juriſdictioni præeſt, ſeu, qui Juriſdictionem obtinet, vocatúrque communiter Magiſtratus: *Iſte*, qui nudam notionem, ſeu cognitionem cum jure ferendi ſententiam, ſed juxta formulam à Prætore ſibi præſcriptam, habet, dicitúrque Judex Pedaneus, de quo, ùt probè advertit Hub. *h. n. 1.* textus Pandectarum, dum Judicis ſimpliciter mentionem faciunt, ſunt intelligendi. Horum originem, atque modum procedendi, poſt *Noodt. Tr. de Jurisd. c. 6. & ſeqq. Heinec. in Antiquit. ad h. t.* eruditè admodùm exhibet Voët. *ff. de Jud. num. 39. & 2. ſeqq.* Judicibus pedaneis non incongruè, ſaltem in quantum concernit nudam notionem, ſeu cognitionem, aſſimilaveris noſtros Commiſſarios, quibus nuda cognitio ea lege delegatur, ut vel amicabilem compoſitionem procurent, vel merita cauſæ, ſeu partium percipiant, & Judici deleganti, ſeu Dicaſterio, à quo miſſi ſunt, referant, vid. inſuper *Stryk. V. M. P. de off. ejus, cui mand. eſt jurisd. §. 2.*

Porrò, veluti Judicem conſtituere poteſt, qui juriſdictioni præeſt, ſive dein ſit Magiſtratus Major, vel Minor, ille quidem vi juriſdictionis ordinariæ, iſte extraordinariæ, *l. 12. §. 1. ff. de jud.* Ita Judex eſſe poteſt, qui non prohibetur Naturâ, vel Jure, modò adſit (I.) Uſus Rationis, ùt de ſe planum eſt: (II.) Legitima Ætas, unde ad Magiſtratûs ſpartam non admittuntur minores 25. annis, *l. 8. ff. de Muner.* Latiùs *Hub. ff. de jud.* Ad Munus Judicis ſimplicis non coguntur minores annis viginti *l. 41. ff. de recept. qui arbitr.* poſſunt tamen conſentientes ſuſcipere, accedente ſimul conſenſu partium litigantium, ſuppoſitô, quòd compleverint annum decimum octavum *c. 41. de off. & pot. jud. del. l. 57. ff. de re jud.* Hac ætate verò non impleta prorſus repelluntur, niſi dentur à Summo Principe, *d. l. 57. ff. eod.* vid. deſuper *D. D. Franz. h. num. 11. & ſeqq.* (III.) Sexus maſculinus, cùm fœminæ repellantur ab omnibus officiis ci-

civilibus, *l. 2. ff. de R. J.* Excipe fœminam Illuſtrem, *cap. 4. de arbitr.* (IV.) Status libertatis, vid. decantata *l. Barbarius 3. ff. de off. Præt.* junctâ *l. 32. ff. de R. J.* (V.) Integritas ſenſuum. Hinc non admittuntur muti, ſurdi, aut cæci, *l. 1. §. 5. ff. de poſtul. l. 12. §. 2. ff. de jud.* In cæco nihilominus eſt facienda diſtinctio: Num ſermo ſit de Magiſtratu, vel Judice ſimplici? Ad illius munus non admittitur; nec tamen ab eo removetur, ſi cæcitas ſuperveniat, cùm afflicto non ſit addenda afflictio, vid. *cap. pen. de Cleric. ægrot.* Ad hujus officium habetur pro capaci, *l. 6. ff. de jud.* hic quippe ſufficit animi judicium, quô decernere poſſit æquum ab iniquo: dum econtra ibi opus eſt ſplendore aliquo externo, majorique, quâ fulgeat, authoritate, vid. *Stryk. de Jur. ſenſ. diſſ. 2. c. 4. num. 5. & ſeqq. usque ad 10.* At inquies, quomodo ſententiam juxta *l. 2. C. de ſent. ex periculo, vel, ùt alii legunt, breviculo recit.* ſi cæcus ſit, recitabit? Per Actuarium, ùt hodie paſſim obſervatur, vel poterit memoriæ mandare. Sanè dolendum eſt, ita conqueruntur alii, hodie pleroſque Judicum cum magno juſtitiæ detrimento adeò cæcos eſſe, ut, quod juſtum eſt, apertis oculis non videant, etenim vel ira, vel inſcitia, vel amor, vel odium, vel timor, vel cupiditas plerumque eorum faſcinat oculos, ut in adminiſtranda juſtitia veſpertilionum inſtar cæcutiant, confirmentque Dicterium illud: *Plus valet favor in Judice, quam lex in Codice. Ita Laud. Author loc. mox cit. num. 4.* (VI.) Sufficiens juris, vel ſcripti, vel ad minimum conſuetudinarii, *nov. 82. c. 13.* Peritia *pr. Inſt. h. l. 17. C. de judic.* Hac, ſi ſit deſtitutus, Aſſeſſores, vel Conſiliarios, quorum opinioni adſtrictus eſt, *l. 2. ff. quod quis jur.* ad latus habeat, oportet. Ac demum (VII.) Morum Integritas, quapropter infames ad Magiſtratûs munus, quod dignitatem confert, certè non recipiuntur, *arg. c. 87. de R. J. in 6.* Nulla quippe major glória, quàm præeſſe Judiciis; per quæ conſervatur hominum ſocietas, *cit. Mollemb. in Theſ. Jur. de Jud. num. 71.* Eſto de ſimplici Judicis officio quidam contrarium ſentiant, *arg. l. un. C. de Infam. & l. 12. de Decurion.* Sunt etiam, qui poſſunt eſſe Judices, poſſunt tamen ob juſtas cauſas conſanguinitatis, affinitatis, inimicitiæ (de quibus videri poteſt *Voët. ff. de jud. num. 46.*) juxta *c. 61. X. de appell. & cap. 2. eod. in 6.* per arbitros, vel juxta hodiernos mores per Judicem ſuperiorem cognoſcendas, recuſari *cit. Mollemb. ubi ſuprà n. 80.* (a) Cauſa autem ſufficiens ad recuſandum teſtem erit etiam ſufficiens

(a) Et præſertim, ſi ex ſententia ſive directè ſive indirectè, ùt ſi in cauſa liberorum, uxoris &c. ſentiret commodum. *arg. l. 10. ff. de Juriſd.* Non tamen frivolis exceptionibus, aut ſuſpicionum cauſis, quæ ſubinde temerè opponi, contingit, locus dan-

ciens ad recuſandum Judicem, ùt tradit *Gail. 1. obſ. 33. num. 9.* Imò levior, quia facilius eſt, Judicem invenire, quàm teſtem; hic enim debuit negotio fuiſſe præſens: Accedit, quòd Judex magis gravet, quàm teſtis; ille enim condemnat; non item iſte. Difficiliùs tamen (quamvis recuſans etiam hìc audiendus ſit, *arg. l. 16. C. de jud.*) recuſabitur totum aliquod Dicaſterium, ùt habet *Illuſtr. D. D. de Herz de Judic. num. 22.* vix enim major pars poterit eſſe ſuſpecta.

Impatienter præſtolaris, in quonam conſiſtat officium Judicis, cujus diſcuſſionem Rubrica nobis præſcribit. Recepta eſt communis diviſio, quæ, licèt, ſi verborum terminos reſpicias, ignobilis, & inepta ſit, ùt ait Hub. *h. num. 11.* ſecundùm rem ipſam tamen ab Arte non abhorret, quòd officium Judicis aliud ſit Nobile, aliud Mercenarium; NOBILE dicunt, quod per ſe ſubſiſtit, nulliſque inſervit actioni, ſed à Judice motu proprio exercetur, veluti fit in inveſtigatione criminum, in injungendis ſontibus pœnis, vel etiam ad petitionem partis actione deſtitutæ, uti contingit in reſtitutionibus Minorum, Tutoribus dandis &c. MERCENARIUM vocant, quod actioni, quæ in petente ſupponitur, deſervit, nec Judex anteà impertitur, quàm fuerit rogatus; adeóque non dicitur Mercenarium, quaſi mercede conductus exerceat, ſed quatenus illud non accommodat, niſi in quantum fuit imploratus, nec ex arbitrio, ſed ex natura actionis, cui deſervit: Hoc officio reguntur cauſæ litigioſæ, in quibus, cùm Judex varia, quæ enumerat *Clariſſ. D. P. Böchhn de offic. Jud. num. 13.* (a) præprimis tamen obſervare 3

de-

dandus; cùm de viro gravi juratáque fide obſtricto, authoritate publica ad judicandi munus ſingulariter electo, ac erecto, non facilè ſit præſumendum, quòd à tramite juſtitiæ ob levem fortè familiaritatem, aut amicitiam, ùt ſi apud alterum cœnaverit, ob cognationem ſpiritualem ſepoſito conſcientiæ ſtimulo ſit deviaturus. Minus ſufficiet, ſi durus, aut ſeverus, aut verbis acrioribus (non tamen ultra limites) in alterutrum uſus fuerit. Idem, ſi litigans in alia cauſa (dummodò non ſimili) Judicis ſit Advocatus, aut Procurator, vel ſi Judex (aut viciſſim) rem à litigante conductam habeat. Hæc, & ſi quæ ſunt alia his ſimilia viro honeſto flocci fore credendum eſt. *Anton. Faber C. lib 3. tit. 4. defin. 1. 3. 4. 9.* Interim tamen monitum velim, fieri haud dubie debere diſcrimen inter perſonas judicantium, ita, ut cauſa ſuſpicionis poſſit eſſe ſufficiens reſpectu hujus, vel illius Judicis magis vel minus paſſionibus ſuis deditì, quàm alterius, cujus fides incorruptibilis nota eſt. Et quo major eſt Judicis Authoritas, aut amplitudo, eò minor eruenda corruptionis ſuſpicio. Faciliùs etiam Judici quodammodò ſuſpecto adjungetur, quàm ille removebitur *arg. nov. 86. c. 2. & 6.* quod etiam praxis maximè obſervat, ubi non rarò adjungitur Con-Commiſſarius.

(a) Súntque potiſſimùm (I.) ut in cauſa dubia omnium primò ſuadeat amicabilem compoſitionem. (II.) Ut partes patienter audiat, caveat tamen, ne ſuam mentem præcipitanter (ùt quidam minùs conſideratè faciunt) niſi cauſa ſit plana, aperiat.

vid.

debeat, *ne aliter judicet, quàm legibus, aut conſtitutionibus, aut moribus proditum eſt*, uti inculcat Imperator in *princ. h.* illud præ oculis habeat, oportet, ut juxta naturam actionis inſtitutæ ſententiam ferat: Ubi tamen cum Hubero *h. num. 4.* advertimus, officiò Judicis, quandoque plus contineri, quàm jure actionis; quippe jure actionis venit hoc, quod palam ineſt conventioni, & quod in actione exprimitur: Officiò Judicis autem, quod natura negotii implicitè fert, & per conſequentiam exigit, *vid. l. 6. in fin. l. 7. ff. de neg. geſt. Tantundem*, inquit Paulus, *in bonæ fidei judiciis officium Judicis valet, quantum in ſtipulationibus nominatim ejus rei facta interrogatio.* Addantur, quæ habet Laud. Author ibid. *num. 10.* Cæterùm nos, quibus omnes actiones repetere nec animus inſidet, nec occaſio, quæ paſſim docuimus, recoquendi opportuna videtur, unum, vel alterum dubium de ejus officio proponemus, Juris Studioſum, ad ipſum textum *h. t.* qui, ex hactenus dictis, legenti planus fiet, remittentes.

Jam priùs pro regula ſupponimus, Judicem debere procedere ſecundùm ſcientiam publicam, quàm nimirum hauſit ex Actis Judicialibus, fortè per teſtes, inſtrumenta, confeſſiones litigantium &c. quà Judex enim cognoſcit, & judicat, conſequenter ſcientiam, quam ùt talis comparavit, non quam aliunde extra judicium, ùt privatus ex viſu, vel auditu habet, ſequi eum oportet. Unde ſequitur, non poſſe condemnare nocentem, quem ex propria privata ſcientia talem noſcit; niſi talis publicè fuerit probatus. *In ore enim duorum, vel trium teſtium* (ait facer textus *Deut. c. 17. verſ. 6.*) *peribit, qui interficietur. Nemo occidatur, UNO contra ſe dicente teſtimonium.* Id, quod optimè confirmatur ex *Can. 2. cauſ. 2. q. 1.* ibi: *Judex criminoſum diſcutiens non ante ſententiam proferat capitalem, quàm aut Reum ſe ipſe confiteatur, aut per innocentes TESTES* (non unum, qualis eſt ſolus Judex) *convincatur.*

4 Acerrimè diſputatur è converſo; Utrùm, ſi publicè quis ſit probatus nocens, ſeu Reus, Judex verò privatâ ſcientiâ ſciat innocentem, poſſit illum condemnare? Sunt, uti videre eſt apud *D. D. Aybliuger h.*

num.

vid. *c. ult. cauſ. 30. q. 5.* (III.) Non excandeſcat, multò minùs lacrymis flectatur. *l. 19. §. 1. de off. Præſid.* (IV.) Sepouat omnem prorſus perſonarum reſpectum & affectum. *c. 79. c. 11. q. 5.* Caveat pariter (V.) ab acceptandis muneribus, niſi fortè ſint eſculenta & potulenta, quæ virum bonum corrumpere non poſſint. Vid. deſuper *l. 6. §. 3. ff. de off. Proc.* ibi: *Quantum ad xenia pertinet* (ſunt verba D. Severi & Antonini ab Ulpiano relata) *audi, quid ſentiamus:* Vetus proverbium eſt: NEQUE OMNIA, NEQUE QUOVIS TEMPORE, NEQUE AB OMNIBUS; NAM VALDE INHUMANUM EST A NEMINE ACCIPERE; SED PASSIM; VILISSIMUM: ET OMNIA AVARISSIMUM, vid. *P. Engel d. t. num. 10.*

num. 10. qui indiſtinctè negant; Sunt, qui æquè ſine diſcrimine affirmant; Sunt, qui mediam viam premunt, affirmantes in cauſis civilibus, ubi agitur de bonis civium, negantes verò in criminalibus, ubi agitur de vita hominis, ejúsve membris. Mihi, ſi quod verè ſentio, effari liceret, arrideret indiſtinctè affirmativa, quam communis Theologorum ſchola poſt *D. Thomam 2. 2. quæſt. 64. art. 6. ad 3.* nervosè tuetur. Supponendum tamen priùs, Judicem omnem diligentiam impendiſſe pro eruenda publicè veritate, nec potuiſſe, utpote inferior, per viam gratiæ reum dimittere, neque, deponendo Judicis officium, teſtem agere coram Judice ſuperiori, neque negligenter cuſtodiendo fugam *innocenti* procurare. Ratio facilè patet ex dictis, quoniam Judex debet ſecundùm allegata, & probata judicare, ***l. 6. §. 1. ff. de off. Præfect.*** ibi: ***Præſes Provinciæ id ſequatur, quod convenit eum, ex fide eorum, QUÆ PROBABUNTUR.*** Huc pàriter facit ***c. 4. cauſ. 3. quæſt. 7. Bonus Judex nihil ex arbitrio ſuo facit, & domeſticæ propoſito voluntatis, ſed juxta leges, & jura pronunciat: SICUT AUDIT, ITA JUDICAT.*** Allegata, & probata autem, utì ſupponimus, Reum arguunt. Reſpondent quidem, hoc argumentum procedere, ſi vera ſint, non item ſi falſa. Replicamus, eſſe vera veritate publica, atque juridica, quæ ſufficit; veritas quippe phyſica vix in judiciis eſt poſſibilis. (a) Regerunt, Judici contra propriam ſcientiam

(a) Inſtant hìc; An error, aut falſitas, ſi in publicum evulgetur veritatem induit? An error publicus, ſeu mendacium publicum erit veritas publica? *Et ea*, quæ ſummè ſunt oppoſita in fœdus coibunt? Veritas eſt conformitas actûs cum ſuo objecto: Atqui ex eo, quòd teſtes falsè deponant, actus diffórmis non fiet conformis, aut publicam veritatem induet: *Error* & falſitas ſcientiæ, vel veritati ùt ſic opponuntur; conſequenter combinari nunquam poſſunt. Sanè pergunt, eſſe no-vel innocentem conſiſtit in intrinſeco, non in extrinſeco, ac eſſe publico. Hinc ponamus, ajunt, homine hoc extincto, pateſieri ejus innocentiam, nunquid omnes dicent, condemnatum fuiſſe innocentem. An quis dicat, primùm manifeſtato errore fieri innocentem? Ubi igitur hæc percipi non poſſunt; ita Judex non debet ex errore vel mendacio publico ſententiam proferre. Veritas quippe apparens non veritas, ſed error eſt, ſicut ſi aurum appareret ùt ferrum, & pro tali haberetur, ineptè diceretur, publicè eſſe ferrum. Verùm nil minùs (ignoſce, quisquis es) hoc diſcurſu movet, cùm fere totus, quantus eſt, laboret falſitate abſtractionis, ſaltémque promiſcuè à ſenſu, ùt ajunt, diviſo ad compoſitum, ſeu à reduplicativo ad ſpecificativum, verbô, cùm ubique varietur ſuppoſitio, aut ſupponat id, quod eſt in quæſtione. Portò falſitas quà talis ſemper eſt, & manet talis, ſed tamen non raró, & maximè in noſtra hypotheſi habetur pro veritate, cùm de contrario publicè non conſtet, & ideo induit haud dubiè naturam veritatis: Error publicus, mendacium publicum, ſive formale ſit, ſive materiale (putà, ſi ipſi teſtes ob ſimilitudinem delinquentis cum innocente eſſent in errore) manent in ſe error, & mendacium, quia tamen non conſtat publicè, quòd talia ſint, ſed publicè habeantur pro veritate, pariunt etiam veritatem publicam

tiam non poſſe, qualiſcunque demum ſit probatio, fieri fidem. Damus, non poſſe fieri fidem Judici, ùt privato; contendimus tamen poſſe ei, & debere fieri fidem, quà perſonæ publicæ, quatenus, ſi ùt Judex, uti debet, procedit, vel maximè probationes legales, v.g. teſtes omni exceptione majores, inſtrumentum nullo vitio laborans admittere, iiſque, quà talis, fidem publicam, ſeu juridicam præſtare, nolens volens, debet. Arguunt præſumptionem, quam faciunt probationes legales, debere cedere veritati, propter quam illæ dantur. Etiam hoc concedimus, ſi de veritate publicè conſtet; in hypotheſi autem de veritate, ſeu innocentia accuſati publicè non conſtat, cùm in ore unius, qualis eſt Judex, ſed duorum vel trium ſtet omne verbum. Unde facilis eſt reſponſio, dum ajunt, Judicem non poſſe eum condemnare, qui apud æterni Judicis tribunal eſt innocens, *c. 1. de ſent. & re jud. in 6.* item debere ſecundùm propriam ſuam conſcientiam judicare: *l. 79. §. 1. ff. de jud. l. 3. §. 1. & 2. ff. de teſtib.* Nam iſta vera ſunt, ſi Judici quà tali conſtet de innocentia, adeò, ut ex conſcientia publica, & judiciali perſpectum ha-

beat

cam, ſeu juridicam, nec haberi poſſunt pro actibus erroneis. Imò publicum mendacium verè dicitur, quando quis publicè aſſerit, quod publicè & apertè falſum eſt, idcirco hoc non facit ad rem, cum ſubſit manifeſta æquivocatio: Quid enim eſt publicè mentiri, niſi ea contra mentem loqui, de quibus undique notum eſt, eſſe falſa, ut ſi quis diceret, ſe vidiſſe ante octiduum Carolum VI. Rom. Imp. Glorioſiſſimæ Mem. venatum euntem. Neque implicat fœdus contrahere ea, quæ ſunt oppoſita, ſi veniant ſub diverſo reſpectu: Dubium in ſuo formali conceptu ſuſpendit judicium, Bona Fides determinat; & nihilominus dubium ſpeculativum poteſt ſtare cum bona fide, quia appellant ſuper diverſa connotata. Ita pariter veritas & falſitas una à parte rei, & verè talis; altera in morali exiſtimatione, ſeu juridicè, facilè poſſunt combinari, cùm poſſint habere diverſum reſpectum, & diverſa connotata. Eſſe verè innocentem, eſt quid intrinſecum, eſſe publicè & juridicè innocentem, eſt quid extrinſecum in morali quadam exiſtimatione conſiſtens. Prò quoties contingit, ut peſſimus ſit optimus, & viciſſim? Inſtantia de innocente condemnato & extincto prorſus eſt frivola, cum eſto à parte rei fuerit ſemper innocens, ſemper tamen publicè fuit reus, donec publicè de ejus innocentia conſtiterit. Poſtea autem fit etiam publicè innocens: ſed nimis ſerò; ita, ut verum maneat, fuiſſe ùt publicè verè nocens condemnatus. Pone enim, nemini adeóque neque Judici ejus innocentiam fuiſſe notam, & ita fide publicè condemnatum, & extinctum, poſteà vero palam fieri, fuiſſe innocentem Nónne & hic innocens fuit condemnatus; Et tamen (ſuppoſitis probationibus legalibus) nemo dicet, malè fuiſſe condemnatum; cùm publicè fuerit reverà nocens, licet enim veritas apparens ſit error in ſe, non tamen eſt talis in æſtimatione hominum. Sicut ſi aurum appareret ùt ferrum (En paritas optimè nobis faret) non veniret in commercium humanum ùt aurum, prout nimirum eſt, ſed ùt ferrum; veluti apparet, nemóque emeret ùt aurum, ſed ùt ferrum. Idem contingit in moneta falſa, ſeu adulterina, quæ, tamdiu pro vera æſtimatur, expenditur, effectúmque deſtinatum conſequitur, donec conſtet de falſitate. Hinc cave, ne ejuſmodi argumentis te ipſum impetas, & configas!

Digitized by Google

beat, eſſe innocentem: non item, ſi tantùm ex ſcientia, ſeu conſcientia privata, quæ Judici quà tali extra mundum eſſe dicitur, ſciat, reum eſſe innocentem: Quòd autem dicatur, debere judicare ſecundùm *Suam* conſcientiam, in tantum recipimus; non quòd ſecundùm ſuam conſcientiam privatam, ſed ſecundùm ſuam conſcientiam, quam ùt Judex ex Actis habet, & non fortè ſecundùm opinionem aliter fortè de jure ſentientium poſſit, & debeat ſententiam ferre. Et hoc, non alio ſenſu capimus illud *Exod. 23.* ibi verſ. 2. *Non ſequâris turbam ad faciendum malum, nec in judicio plurimorum acquieſces ſententiæ, ut à vero devies.* Quid, amabo! eveniret, ſi Judici permitteretur, fide, actíſque publicis neglectis, ex ſcientia privata judicare? Ille non rarò, pecuniâ fortè corruptus (cùm utique facilius ſit unum, quàm plures omni exceptione majores corrumpere) ſe contrarium ſcire, prætenderet. Jam quænam exinde ſcandala, quænam judiciorum ſæpè confuſio? Nec dubium (utimur pennâ Voëtii *ff. de Judic. num. 50.*) quin ita ingens porta malitiis aperienda foret, dum aliquando, quò magis ſelecti Judicis arca patet, eò magis à ſimulatis Curiis, Catonibus, Ariſtidibus, conſcientiæ venalis obtentu plus licitantibus lis addiceretur. Quæritas, in quo ergo conſiſtat ſcientia illa publica, quam ita extollimus, an credet, teſtes dixiſſe verum? Minimè! inquies, cùm ſciat apertè contrarium. Paucis edicimus. In hoc nempe conſiſtit, quòd Judex, ùt perſona publica, debeat credere, etiam contra ſuam propriam ſcientiam, probationibus legalibus nullo vitio, quantum publicè conſtat, laborantibus. Nec enim Titio, qui Judex eſt, ſed ipſi quà Judici per probationes jure receptas, quas fortè, ùt Titius, quandoque de contrario perſuaſus, non admitteret, fides fieri, ac juxta illam ſententia ferri debet. Illud inſuper urgebis, quòd conjux, quamvis publicè fuerit condemnatus, non poſſit adire conjugem, quam privatim ſcit non ſuam; ſed potiùs teneatur ſuſtinere omnes excommunicationes, *c. 13. de reſt. ſpol. c. 44. de ſent. excom.* ergo neque Judex poterit condemnare, quem ſcit innocentem. Mirum videtur, quòd Viri docti huic argumento tantum fidant; dum tamen probè perſpectum habent, conjuges ſe præcisè habere, ùt privatos, adeóque nullatenus fidem publicam debere ſequi? Indignaberis, ùt adverto, dicens utique, ſi Judici imponitur, ut procedat ſecundùm acta & probata, adeóque ſecundùm fidem publicam; ſimiliter partibus condemnatis imperandum erit, ut obediant; cùm inter Judicem juſtè imperantem, & partes, quibus imperatur, intercedat mutua relatio. Verùm, quidquid ſit de mutua hac relatione; utique alia eſt ratio agentis, & publicè condemnantis, alia patientis, & publicè condemnati: Ille manet perſona publica, & quà

Digitized by Google

talis ſcientiâ, ſeu fide publica utitur; Iſte manet perſonâ privata, & quà talis etiam uti poteſt ſcientiâ privatâ. Hinc etiam admittimus, ipſum innocentem, etſi publicè probatus ſit nocens, poſſe optimâ conſcientiâ fugâ ſibi conſulere, cùm fides illa publica condemnantem, non item condemnatum tangat, ſive (pro foro interno) obliget. Accedit notabiliter, quòd inter facultatem condemnandi, & obligationem parendi non ſit, ut Patroni ſententiæ contrariæ arguunt, tam abſoluta, ac neceſſaria connexio, cùm utique ſuperſit condemnato vel facultas appellandi, vel opponendi competentes contra executionem exceptiones. (a) Quòd ſi præplaceat via media, poſſe nimirum condemnari innocentem in civilibus, quia bona civium etiam innocentium ſunt Reipublicæ ſubjecta; non item in criminalibus, cùm Reſpublica non habeat jus in vitam innocentis, hanc, pace noſtra, cùm Clariſſ. D. D. Franz *p. m. b. t. num. 39. & ſeqq.* ingredere. Fuit & noſtra aliàs opinio, ſed, cùm hæc ſcribeban-

(a) Quid, quòd *ii. illi* nobis magis proſint, quàm obſint? Mulier ſiquidem condemnata tenetur vel viro cohabitare, vel renuens pro foro externo (pro interno Eccleſia in forma judicii, ſicut non poteſt cognoſcere, ita nec poteſt & quidem tam parùm condemnare, quàm parùm Reum obligare, ne fuga ſibi conſulat) in tantum obedire, ut ſententiam excommunicationis patienter ſuſtineat, & quoad externum hominem à communione fidelium abſtinere. Cæterùm noſtræ ſententiæ (cui noviſſimè etiam ſubſcripſit *Magnif. D. P. Scharz de off. Jud. num. 22.*) favet ulteriùs & quidem apertiſſimè Doctor Angelicus *2. 2. quæſt. 67. art. 2. c.* Ibi: „Judicare pertinet ad „Judicem, ſecundùm quod fungitur publica authoritate, & ideo informari debet „in judicando, non ſecundùm id, quod ipſe novit tanquam privata perſona; ſed ſe„cundùm id, quod ſibi innoteſcit tanquam perſonæ publicæ (An igitur ſcientiam „privatam & publicam commentum dices?) Hoc autem innoteſcit ſibi in communi, „& in particulari. In communi quidem per leges publicas vel Divinas, vel huma„nas, contra quas nullas probationes admittere debet: In particulari negotio au„tem per inſtrumenta, & teſtes, & alia legitima documenta, quæ debet ſequi in ju„dicando magis, quàm id, quod ipſe novit, ùt perſona privata.„ Imo quæ ſcit ùt perſona privata, nullatenus poteſt attendere, quia illa non plus operari poteſt, quàm alterius hominis privati, cùm ſit tantùm teſtimonium unius. Vel doceatur, quo jure pluris valeat. Replicabis: Scientia publica non poteſt facere nocentem, qui talis non eſt, cùm veritas & falſitas ſimul ſtare nequeant. Ita eſt. Veritas & falſitas (inquit Laud. ſuprà Magnif. Author) nunquam obviaverunt ſibi, nec error & ſcientia oſculatæ ſunt, ſi loquamur in theſi. Secùs non raro in hypotheſi. Vitia quantumvis è diametro virtuti oppoſita vulgi perſuaſione publica innocentiæ & virtutis endromide induuntur, lupique rapaces ovium toga cincti atria, plateáſque obambulant, minimèque tua privata ſcientia his veſtibus ſpoliabis, ſed potiùs innocentûm calumniator audies. Nec aliter continget Judici, qui publicè nocentem abſolverit. Certè non enervabit ſua ſcientia privata publicam. „Homo (ita D. Thomas *cit. q.* „*67. art. 2. ad 4.*) in his, quæ pertinent ad publicam poteſtatem debet informare „conſcientiam ſuam ſecundùm ea, quæ in publico judicio ſciri poſſunt.„

Digitized by Google

bantur, una ex extremis, quam modò periclitari malumus, irrepſit. Addat. Schamb. *loc. ſupra cit. verſ. Quæſtio adhuc famoſa.* Ulteriùs

Rogas (I.) Num Judex poſſit ſupplere, quæ à partibus omiſſa 5
ſunt? (II.) Num teneatur ſequi ſententiam æquiorem? Num (III.) probabiliorem, & demum (IV.) Quid faciendum, ſi cauſa ei videatur utrinque æquè probabilis? Succinctè ſatisfactum ibimus. AD PRIMUM dicimus, poſſe ſupplere ea, quæ juris, non item, quæ facti ſunt, niſi ex actis reluceant: Juris dicuntur, quæ Jure ſtatuta ſunt. Facti, quæ hic & nunc partibus ſpeciali jure competunt, v.g. uſus privilegii, fatalium, dilationum. Primum membrum probatur ex *L. un. C. ut, quæ deſunt advocatis partium, Judex ſuppleat;* hoc ipſo enim, quòd debeat juxta præſcripta legum judicare, debet eſſe ſollicitus, ne aliquid contra jus irrepat: unde ex officio debet rejicere libellum vitioſum, vel ineptum; repellere teſtem illegalem, inſtrumentum non authenticum; illa enim radicem agunt in ipſa Judicis perſona. Membrum poſterius exinde patet, quia jura partium allegare non Judicis, ſed Advocati officium eſt: Hinc non poteſt monere partes, ut hoc, vel illo privilegio utantur, ut fatalia elabi non ſinant; hæc quippe ſui origine à litigantibus procedunt. Conſul. *Voët. ff. ubi ſuprà num. 49.* Limitatio ſubnexa non minùs eſt aperta, quia, ſi ex actis reluceant, ſcit illa, ùt Judex; conſequenter, cùm fidem publicam ſequi debeat, debet etiam ſecundùm illa pronunciare. Idcirco, ſi ex actis colligat, alterutrum litigantium præſcripſiſſe, debet ei rem ex præſcriptione adjudicare, eſto in ea ſe non fundaverit. Ita tenet P. Reiffenſtuel *de off. Judic. num. 73. Brunn. ad d. l. un. C. ut, quæ deſunt adv.* AD SECUNDUM, ſi jura ſint utrinque dubia, affirmamus, & ita capiendam credimus *l. 8. C. de Jud.* ibi: *Placuit, in omnibus rebus præcipuam eſſe juſtitiæ, æquitatiſque, quàm ſtricti juris rationem:* Si autem lex clara ſit, eſto Judici dura, ac nimìs videatur rigoroſa, non poteſt tamen ab ea recedere. Ita innuit Ulpian. in *l. 12. §. 1. ff. qui & à quib. manum.* in verbis: *quod quidem perquàm durum eſt, ſed ita lex ſcripta eſt;* poſtquam enim leges latæ ſunt, Judex non de ipſis, ſed ſecundùm ipſas judicare debet, vid. *Vinn. ad pr. h. num. 3.* Nec mirum, vix quippe aliàs vel unica lex à cerebrina æquitate eſſet immunis: Leges deinde habent innatam, ſeu intrinſecam quamdam æquitatem, bonique publici rationem, quam ſæpè Judices non advertunt, imbibitam. Monitum tamen Judicem volumus, ut non verba præcisè, ſed mentem legis ſcrutetur. Nam *ſcire leges* (inquit Celſus in *l. 17. ff. de ll.*) *non hoc eſt verba earum tenere, ſed vim, ac poteſtatem,* ſi ſecùs egerit, incurret rigoro-

Digitized by Google

goroſum Effatum Impp. in *l. 5. pr. C. d. t.* quò vide. jung. *Schamb. h. ad pr. verſ. Quæres tertiò.* & diſertiùs Voët. *ff. de J. & J. n. 6.* AD TERTIUM haud dubiè reſpondendum eſt affirmativè, quia Judex vi pacti, cum Republica initi, tenetur omni meliori modo adminiſtrare juſtitiam; non autem omni meliori modo adminiſtraret, ſi relicta probabiliori, quæ jure fortiori nititur, probabilem, infirmiori jure ſubnixam, ſequeretur. Imò ſententia hæc: *Probabiliter exiſtimo, Judicem poſſe judicare juxta opinionem etiam minùs probabilem*, fuit 2. Martii 1679. ùt refert Schamb. *h. ad pr. ubi ſupra* ab Innocentio XI. damnata. Et, quamvis aliàs, juxta communem, liceat ſequi probabilem in concurſu probabilioris; in Judice tamen non admittitur, cùm vi pacti ad pronunciandum juxta probabiliorem ſit obſtrictus. Neque obſtat paritas ab Advocato, cui permiſſum eſt in concurſu probabilioris probabilem amplecti, deſumpta. Nam Advocatus non fert ſententiam, ſed tantùm merita cauſæ Judici proponit, habétque adhuc probabilem ſpem victoriæ, cùm poſſit contingere, ut Judici ſententia, quam Advocatus tantùm probabilem opinatur, videatur probabilior. AD QUARTUM exiſtimat quidem P. Engel *de off. Jud. num. 9.* poſſe Judicem, ſepoſito tamen affectu perſonarum, unam eligere. Verùm diſplicet aliis, uti & nobis, hæc ſententia, cùm durum ſit, imò iniquum, uni totum adjudicare, alteri verò, qui jus æquale ſe habere, probavit, nihil. Regerit equidem *Laud. Author*, etiam hoc eſſe incongruum, ut ille, qui probavit, ſibi jus in ſolidum competere, tantùm partem ferat, cùm ſententia debeat eſſe conformis libello. At non capimus, quomodo inſignis ſanè prudentiæ Vir hôc argumentô moveri potuerit; cùm utique iniquius adhuc profectò ſit, alteri, qui æquale jus, adeóque pariter in ſolidum, ſibi competere probavit, planè nihil adjudicare. Dicimus itaque cum Illuſtr. D.D. de Herz *tit. de Jud. num. 26.* & quidem ſine diſtinctione, num ſit dubium juris, an facti, cùm ex dubio facti ſemper oriatur dubium juris, uti probè oſtendit *citat.* Colendiſſ. Author *ibid. num. 27.* debere Judicem vel transactionem ſuadere, vel eò rem dirigere, ut ſorte, aut per arbitros controverſia dirimatur, aut verò æqualiter dividatur. Non moramur, quòd, ſi in Electione duo æquè digni concurrant, ſit in arbitrio eligentis, quem velit eligere, ſiquidem hic diviſio eſt impoſſibilis, neque alius exitus haberi poteſt: Deinde eligendi, quamvis digniſſimi, non habent jus rigoroſum ad beneficium vacans; neque etiam jus eligendi activum commodum tantùm eligendorum, ſed etiam eligentis reſpicit; officium Judicis econtrà unicè commodum litigantium ſpectat, nullô

lô modô jus dicentis. (a) Alias ſententias recitat, refutátque Schamb. *ubi ſuprà verſ. Majus dubium.* Satis de officio Judicis, quibus addi poſſunt ea, quæ diximus ſuprà *tit. 5. §. 1. num. 1.* Modò ſit

TITULUS XVIII.

De Publicis Judiciis.

IMperator noſter non tantùm voluit eſſe ſollicitus de iis, quæ concernunt privatorum commodum, illúdque impediunt, ſed etiam, & meritiſſimè, ea ob oculos ponere, debitáque coërcitione compeſcere, quæ immediatè publicam tranquillitatem turbant, dando cuilibet accuſandi facultatem: Ut exinde nomen Judiciorum Publicorum fuerit derivatum; indéque eorum formata deſcriptio, quòd ſint illa, quorum perſecutiò plerumque cuilibet de populo conceſſa eſt [illegible] *1. b.* Quoniam tamen hæc deſcriptio nec omni, nec ſoli compe[illegible]: non omni, uti patet in adulterio, quod crimen publicum eſt, nec tamen cuilibet, ſed tantum iis, qui juſto dolore impelluntur, perſecutio permiſſa eſt, *l.30. princ. C. ad L. Jul. de adult.* Idem dicendum de crimine ſuppoſiti partûs, *l. 30. §. 1. ff. ad L. Cor. de falſ.* Non ſoli, quia perſecutio effuſi, vel dejecti, periculosè ſuſpenſi, cuilibet de populo conceſſa eſt, *l. 5. §. 5. & ult. ff. de eff. vel deject.* Nec tamen dixeris, evadere Judicia Publica, niſi ad ſummum, quaſi talia, quatenus cuilibet de populo accuſatio permittitur; cùm ſit notabile diſcrimen, tum in ordine ad Judicem, tum, & ſpecialiter, in effectu, quòd in publicis agatur ad publicam animadverſionem; in popularibus verò ad civilem mulctam actori applicandam, *Heinec. ad Antiq. Rom. b. §. 1.* Hinc accuratiùs delineabit.

(a) Dices ulteriùs: (I.) Judex non poteſt vel tranſactionem, vel diviſionem injungere, cùm contractus ſint liberæ voluntatis. (II.) Sententia debet eſſe conformis libello; in libello verò Actor totum petiit. (III.) Videtur Judici inhonorificum, ſi palàm faciat, ſe neſcire in cauſa difficili ſententiam ferre. Verum etiam iſta non multum continent roboris. Non PRIMUM, quia tranſactionem non abſolutè injungit, ſed omnino ſuadet, quæ, ſi non placeat, utrique litigantium æqualem partem adjudicat. Non SECUNDUM, quia, ſi hoc verum eſt, ſententia erit ſemper ferenda pro actore; Hinc regula hæc eſt intelligenda, in quantum probatum eſt, & merita cauſæ exigunt. Non TERTIUM, quia Juſtitia commutativa, quæ imperat, ut ſervetur æqualitas, præferenda eſt honori Judicis. Imo non ſemper eſt inhonorificum, ſi in re abſtruſa, æqualique pugnante æquitate nequeat ultrà diſcernere, ut ipſe P. Engel *ad tit. de cauſ. poſſ. & prop. num. 8.* ſatis innuit, dum docet, in interdicto

§. I.
Satisfit Rubricæ.

1 **E**St itaque Publicum Judicium, *Illud, in quo diſceptatur de crimine aliquo publico.* Quid ſit crimen publicum, videbimus *§. ſeq.*

Aliud eſt *Capitale*, ubi nimirum adimitur caput vel Naturale, id eſt, vita; vel Civile, id eſt, ſtatus, aut libertatis, aut civitatis. Sed quænam in dubio intelligenda? Civilis, quia in dubio interpretatio in meliorem partem eſt facienda, *l. 42. ff. de pœn. l. 155. ff. de R. J.* Limita, ſi materia ſubſtrata aliter exigat. Jungatur *l. 103. ff. de V. S. Hopp. ad §. 2. b.* Aliud *Non Capitale*, ubi nihil horum, ſed alia bona, puta, fama, vel pecunia adimuntur, *§. 2. b. l. 2. ff. eod.* Hanc diviſionem tamen, ùt Dialecticam venum non exponimus, cùm dentur crimina capitalia, quæ non protinus publica ſunt; dum lex deficit; hinc neque judicium, in quo de iis diſceptatur, publicum dici poterit, quia deficit objectum, ſeu forma denominans.

2 Porrò Judicia Publica (quorum originem, ùt Cauſam Effectivam, exhibet Schamb. *ad pr. b.*) uti privata, tribus conſtant perſonis: Judice, Actore (cujus vices tamen non rarò fama ſupplet) & Reo. Judex eſſe poteſt, cui à Principe ſpecialiter conceſſum eſt imperium merum (id eſt, facultas cognoſcendi in criminalibus) ſive plenum, ac integraliter, ſive minùs plenum, atque partialiter, *l. 7. §. 23. ff. de O. J. arg. l. 1. §. 1. junctâ l. 3. ff. de juriſd.* Actor, qui ab Accuſatione, quæ eſt, Actus, quo crimen apud Judicem vindictæ publicæ cauſa (en differentia ab actione) defertur, aptiùs Accuſator nuncupatur, & ille, qui accuſat. Accuſare poteſt, qui non prohibetur. Hanc Regulam ſubminiſtrat JC. Ma-

dicto uti poſſideris militantibus utrinque æqualibus cauſæ meritis debere pronunciare pro utroque æqualiter, & utrinque poſſeſſionem decernere: *Uti poſſidetis, ita poſſideatis.* Sorti rem committendam quidam contendunt. Sed periculoſum eſt; Jus quippe certum & æquale eſt; ſors verò dubia & incerta. Porrò non deſunt caſus, ſeu exempla, quæ Judicis animum ſuſpendere poſſunt. Juvat allegare illud Evathli. Evathlus dives Adoleſcens Pitagoræ Præceptori ſuo, magna mercede promiſſa, dimidium ſolvit: alterum dimidium ſeſe ſoluturum promiſit, cùm cauſam feliciter peroraverit. Multùm profecit, cauſam tamen nullam ſuſcepit perorandam: Convenit illum Pitagora, hiſque verbis aggreditur: Diſce, ſtultiſſime Adoleſcens! utroque modo fore, ut ſolvas, quod peto, ſive contra, ſive pro te fuerit pronunciatum. Si prius? Debebis ex ſententia: Si poſterius? Ex pacto inter nos inito. Repoſuit Evathlus: Diſce ſapientiſſime Magiſter: Nullatenus debebo. Si Judices pro me dixerint? Abſolvor ex ſententia: Si contra ex pacto convento, quia cauſam non feliciter peroravi.

Macer in *l. 8. ff. de accuſ. Qui accuſare poſſunt*, inſit, *intelligemus, ſi ſcierimus, qui non poſſunt. Itaque probibentur accuſare* (pergitur ibidem) *alii propter ſexum, vel ætatem, ùt MULIERES* (a) *ùt PUPILLUS, alii propter Sacramentum, ùt qui ſtipendium merent (MILITES) alii propter Magiſtratum, poteſtatémve* (ne mole potentiæ Reum opprimant) *alii propter delictum proprium, ùt INFAMES. Alii propter turpem quæſtum, ùt qui duo judicia adverſus duos reos ſubſcripta babent, numóſque ob accuſandum, vel ob non accuſandum acceperint, alii propter conditionem ſuam, ùt LIBERTINI contra patronos.* Alii (ita proſequitur Paulus in *l. 9. ff. d. t.*) *propter ſuſpicionem calumniæ, ùt illi, qui FALSUM TESTIMONIUM ſubornati dixerunt. Nonnulli* (ita Hermogenianus in *l. 10. ff. eod.*) *propter PAUPERTATEM, ùt ſunt, qui minùs, quàm quinquaginta aureos babent.* Ubi tamen advertendum, quòd hi omnes, ſi ſuam injuriam proſequantur, mortémque propinquorum defendant, ab accuſatione non ſint excluſi, ceu monet Laud. Macer in *l. 11. pr. ff. d. t.* Hinc etiam filiusfamilias, eſto aliàs, ùt mox videbimus, probabiliùs ab accuſationibus ſine conſenſu patris ſit arcendus, nihilominus admittitur ac accuſandum adulterium uxoris ſuæ, *l. 6. §. pen. l. 37. ff. ad L. Jul. de adult. D. D. Franz b. t. n. 7.* Sunt etiam aliqui, qui tantùm ſecundùm quid, id eſt, vel reſpectu certarum perſonarum, vel reſpectu certarum cauſarum accuſare ſunt prohibiti: Et quidem quoad primam claſſem, præter libertos erga patronum, non poteſt accuſare FILIUS patrem, *arg. d. l. 11. §. 1. ff. eod.* FRATER in gravioribus (ſecùs in levioribus, *l. 18. C. de bis, qui accuſ.*) Fratrem *l. 13. Cod. d. t.* INIMICUS Capitalis Inimicum, *c. 7. & 13. de accuſ.* LAICUS Clericum, niſi ſuam, ſuorúmque injuriam perſequatur, *cap. 14. de teſtib.* ob reverentiam iis debitam, & viciſſim CLERICUS Laicum, niſi pariter injuriam ſuam proſequatur, *c. 6. cauſ. 2. q. 7.* juncto *c. 2. de bomic. in 6.* ob periculum irregularitatis; hinc, ſi ſuam, ſuorúmque injuriam proſequatur, debet proteſtari, ne irrogetur pœna ſanguinis, *d. c. 2.* Ad alteram claſſem ſpectant MINORENNES, qui ad accuſandum adulterium (niſi propriæ uxoris) non admittuntur, *l. 15. §. 6. ff. ad L. Jul. de adult.* Exinde ſequitur in aliis admitti, *arg. l. 1. §. 5. ff. de poſtul.* quia exceptio firmat regulam in caſibus non exceptis. Hinc econtra eſt, quòd FILIUSFAMILIAS ſine conſenſu patris regulariter accuſare non permittatur, cùm in *l. 6. §. pen. & l. 37. ff. ad L. Jul. de adult.* ſpecialiter accuſatio adulterii propriæ uxoris permiſſa ſit. Ita probabiliùs *D. D. Franz b. num. 7.* Nec obſtát, quòd in cauſis publicis habeatur pro pa-

(a) Facilè quippe vel odio babent, vel amant impotenter. *Excipe, ſi parentum liberorúmque* (quidni & mariti) *mortem exequantur l. 1. ff. d. t.*

patrefamilias. Nam hoc ſolummodò verificatur in caſibus expreſſis. Cæterùm Accuſationem comitabatur olim tum *Inſcriptio*, quâ accuſator profitebatur, ſe hunc, vel illum, v. g. *ex L. Jul. de adulteriis.* reum arguere, tum *Subſcriptio*, quâ profitebatur, ſe libellum porrexiſſe, ſéque ad pœnam talionis, crimine non probato, ſubjiciebat: Præſcribitur formula accuſationis cum requiſitis in *d. l. 3. pr. §. 1. & 2. l. 7. pr. & §. 1. ff. de accuſ.* quæ hodie ab uſu receſſerunt. Quis enim ſe tam gravi periculo ſubjiceret, & quænam delicta contra legem *51. §. 2. ff. ad L. Aquil.* non manerent impunita? vid. *Hopp. ad pr. h. Uſ. Hod.* ſucceſſit tamen in earum locum cautio, quâ Accuſator, ad expenſas accuſato refarciendas, eique ratione illatæ injuriæ ſatisfaciendum obſtringitur, aut interim arreſto detinetur. *Conſt. crim. art. 12.* junctâ tamen *ead. Conſt. art. 201. Stryck. U. M. P. de Accuſ. §. 2.* Quòdſi & hodie nemo ſit, qui accuſet, Judex ex officio per viam inquiſitionis (de qua videantur Criminaliſtæ, præſertim *Brunn. Proceſſ. Inquiſit. c. 4. Carpzov. prax. crim. quæſt. 107.*) (a) ſi adſit prudens criminis ſuſpicio, inquirere debet.

Reus

(a) Inquiſitionem eſſe licitam probatur tum ex SS. Paginis *Deut. 13. v. 17. & 17. v. 4.* Joſue *4. 7.* tum ex SS. Canonibus *c. 32. cauſ. 23. q. 5. c. 9. 17. 19. 21. & 24. de accuſ.* tum ex Jure Civili in *l. 13. ff. de off. Præſid.* nec non in *Conſt. Car. V. art. 8. 214. 219. & paſſim*, tum denique ex quotidiana praxi. Interim tamen cautum velimus Judices, ne temerè, & ſine legitima cauſa ad inquiſitionem, præſertim circa certam perſonam, adeóque ſpecialem (ita, ut, quo dignior eſt perſona, eo proximius requiratur indicium, ſeu cauſa prægnantior) prorumpat, cum famam minuat, & non raro graviter lædat. Cauſas autem enumerat Brunnem. *cit. tr. cap. 4.* (I.) Si conſtet de corpore delicti, & delictum ſit notorium, cum tamen Author poſſit eſſe ignotus, vel ſi etiam notus, formandus tamen eſt proceſſus, ut etiam conſtet de ipſa notorietate. (II.) Si quis ſit in flagranti deprehenſus: inquirendum quippe erit ſuper facti qualitatibus. (III.) Si Judex ipſe viderit delictum committi. (IV.) Si perſona aliunde ſit diffamata, præſertim ſi alia indicia adminiculentur. (V.) Querela partis læſæ. (VI) Commiſſi delicti denunciatio, quæ vel Evangelica, vel Canonica, vel Civilis, ſeu Judicialis. vid. *c. Si peccaverit 19. cauſ. 2. q. 1.* (VII.) Confeſſio ſocii proprio motu facta. vid. *l. fin. C. de accuſ.* (Excipe crimen veneficii, ubi Satanæ mancipia ſæpiſſimè decipi conſtat.) (VIII.) Confeſſio criminis extrajudicialis, vel coram Judice incompetente facta. (IX.) Si in cauſa civili per modum exceptionis objicitur crimen. (X.) Minæ delictum præcedentes. (XI.) Frequens converſatio cum delinquentibus. (XII) Inventio Rei furtivæ, ſi authorem nominare vel non poſſit, vel nolit. vid. *Conſt. Car. art. 38. & 43.* (XIII) Fuga ſive arrepta, ſive præparata. (XIV.) Graves notoriæ inimicitiæ cum occiſo fortè habitæ. (XV.) *Tranſactio* inter delinquentem & læſum, ejúsve hæredes. (XVI.) Vita anteacta. *Ord. crim. art. 39.* (XVII.) Habitus corporis, ut ſi puella uterum ſolito majorem habuerit: cautè nihilominus procedendum, ſi aliàs ſit honeſtæ famæ. Scio enim innocentem condemnatam utero nempe hydropiti tumeſcente.

Digitized by Google

Reus eſt, qui accuſatur. Accuſari poteſt, qui delinquere, neque eſt ſpecialiter exceptus. Hos autem (utimur rurſus verbis JCti in *l. 12. ff. de Accuſ.*) *accuſare non licet, Legatum Imperatoris* (Multò minùs Imperatorem, alióſque ſupremos Principes, qui ſuperiorem, niſi DEUM, & enſem non agnoſcunt) *id eſt, Præſidem Provinciæ. Item Legatum Provincialem, ejus duntaxat criminis, quod antè commiſerit, quàm in legationem venerit. Item Magiſtratum populi Romani, eúmque, qui Reipublicæ cauſâ abſuerit, dum non retractandæ legis causâ abeſt.* Quid de ſervis dicendum, vid. ulteriùs in *d. l. 12. §. fin.* Modum procedendi in Judiciis Publicis quod attinet, præter hoc, quòd requirantur probationes luce meridiana clariores, *l. ult. C. de probat.* longè recedit à forma procedendi in Civilibus; hinc, utpote altioris indaginis, anguſtis his pagellis ſeſe conſtringi non patitur: Paucis igitur cape notabiliores differentias inter Judicia Publica, & Privata, tum in inſtituendo, tum in exercendo: In inſtituendo (I.) in illis quilibet accuſare poteſt; in iſtis tantùm ille, cujus intereſt. (II.) In illis debebat olim Accuſator ſe ſubſcribere pœnæ talionis; in iſtis non etiam (III.) Illa poſſunt inſtitui ubicunque, ubi reus deprehenditur, Iſta vel in loco domicilii, contractûs, aut rei ſitæ. (IV.) Illa (& hæ ſunt differentiæ in exercendo) regulariter non admittunt Procuratorem; (a) iſta verò illum recipiunt. (V.) In illis Accuſatore in probatione deficiente Reus non ſtatim abſolvitur, ſed Judex inquirere poteſt, imò quandoque, ita exigentibus indiciis, debet; In iſtis abſolvitur (VI.) In illis locum habet Tortura; non item in iſtis. (VII.) In illis agitur ad bonum publicum; in iſtis ad privatum, vid. *textus apud Hopp. ubi ſuprà.* In illis (VIII.) non rarò proceditur per viam inquiſitionis, adeóque, etſi non adſit accuſator; in iſtis præcedit actio, neque Judex ex officio procedit. Quiſnam jure veteri fuerit ordo, vid. *Gothofr. ad l. 8. ff. de publ. jud.* Delicto legitimè probato ſequitur, veluti in Judiciis privatis, condemnatio ad pœnam promeritam. 3

Crimina, ita & Judicia, in quibus de iis diſceptatur, extingui, (I.) Redditione pœnæ. (II.) Abſolutione Judiciali. (III.) Morte delinquentis ſaltem regulariter. (IV.) Lapſu temporis, & demum (V.) Reſtitutione ſeu Indulgentiâ Principis, vidimus ſuperiùs *b. lib. tit. 1. §. 1. num. 9.* Non tamen (quoad *Primum*) habebit locum compenſatio, quæ tantùm obtinet, ſi agatur civiliter, *l. 39. & 47. ff. ſolut. matr.* non item criminaliter, vid. notabiles textus in *l. 2. §. 4. & 5. l. 13. §. 5. ff. ad L. Jul. de adult.* Multò minùs (quoad *Secundum*) poſt ſententiam ab- 4

(a) Benè autem Advocatum, qui Reum defendat: Imò ex officio conſtituitur, eique communicantur Acta ad defendendum.

Digitized by Google

abſolutoriam admittitur novus accuſator, niſi ſuam, ſuorúmque injuriam proſequatur, *l. 7. §. 2. ff. de accuſ.* Nec obſtat, quòd regula, *Acta inter alios aliis non præjudicare*, etiam in criminalibus procedere dicatur in *l. 3. C. quib. res jud. non noc.* Hoc quippe verum eſt, ſi ponantur termini habiles. Ut ecce accuſâſti adulterum, & condemnatus eſt. Sententia non nocet adulteræ, cui integra manet defenſio, *l. 17. §. pen. ff. ad L. Jul. de adult.* Similiter accuſatio, vel abſolutio unius ex ſociis criminoſis, non prodeſt, nec nocet aliis ſociis, *arg. l. 2. C. ſi reus, vel accuſ. mortuus fuer.* Quid, ſi poſt ſententiam abſolutoriam ob defectum probationum latam, Reus crimen confiteatur? Probabilius eſt non poſſe ampliùs puniri, quia ſententia, quam ſemel dixit, Judex retractare ampliùs nequit, vid. *l. 45. §. 1. l. 55. & 62. ff. de re jud.* imò nec condemnatum, patente poſtea innocentia, niſi Reſcripto Principis abſolvere, *l. 27. ff. de pœn. l. 1. §. ult. ff. de quæſt.* Porrò (ad *Tertium*) neque Morte ſemper crimen totaliter extinguitur; Nam bona illius, qui propter conſcientiam criminis ſibi violentas manus intulit, publicantur, niſi hæredes illum defendant, *l. 3. §. fin. ff. de bon. eor. qui ant. ſent. mort. ſibi conſciv.* Hodie publicatio, ſeu confiſcatio locum ſolummodo obtinet caſu, quo deficiant deſcendentes, vel aſcendentes usque ad tertium gradum, *nov. 134. c. ult.* (a) Eadem publicatio adhuc obtinet in bonis perduellium, *l. 5. C. ad L. Jul. Maj. cit. nov. & c.* nec non (ſaltem olim) militiæ Deſer-

(a) Sed quid de fratribus, aliiſque collateralibus usque ad tertium gradum? Non facilè idem dixeris. Quippe *cit. nov.* textus ita habet: „Sed neque ſecundum veteres Leges „fiſco eas (ſubſtantias condemnatorum) applicari; ſed, ſi quidem habeat deſcenden„tes, & aſcendentes usque ad tertium gradum, eos habere. Si vero Mulieres ha„beant, qui condemnati ſunt, omnibus modis jubemus iſtas, & dotem, & ante nu„ptialem donationem accipere (En! quòd tantum uxorem excipiat; exceptio autem „firmat regulam in caſibus non exceptis) ſi verò ſine dote talibus perſonis (conde„mnatis) conjunctæ fuerint à Legibus (ſcilicet in *nov. 53. c. 6. & nov. 117. c. 5.*) „definitam partem de tota ſubſtantia condemnati eas accipere, ſive filios habeat, ſi„ve non. Si verò neminem prædictorum (adeóque neque de- neque aſcendentes, „neque uxorem) habeat, qui deliquit, tunc Fiſco ſociari ejus ſubſtantiam.„ Conſtat autem, novellam hanc conſtitutionem eſſe correctoriam, conſequenter ſtrictè ſumendam. Quòd ſi, hoc eſt, uti non eſt aliter, certum etiam eſt nomine de- vel aſcendentium non venire collaterales. His accedit, quòd Juſtiniano (imò & ipſi æquitati naturali) magis cordi fuerint deſcendentes & aſcendentes, quàm collaterales *arg. l. 15. ff. de inoff. teſt. & nov. 118. c. 1. & 2.* Neque huic ſententiæ obicem ponit *Auth Bona damnatorum. C. de bonis proſcriptorum.* Ibi: *Sed aſcendentibus & deſcendentibus, ET EX LATERE usque ad tertium gradum*, cum non correſpondeat ſuo fonti. Minus remoratus *nov. 17. c. 12.* quæ vult, ut bona damnatorum ſerventur cognationi in verbis: *Sed ſinere eas* (res) *GENERI, & LEGI ſecundùm illam OR-*

ſertorum, *l. 4. C. de re milit.* Econtra lapſu temporis (ad *Quartum*) non tantùm accuſator, ſed etiam Judex ab ulteriori inquiſitione removetur, *arg. l. 2. & 3. ff. de requir. vel abſ. condem.* quid enim aliàs prodeſſet Reo præſcriptio, ſi in Judice adhuc vireſceret poteſtas inquirendi, atque condemnandi. Monemus (ad *Quintum*) Indulgentiam Principis, quæ, utpote vigorem publicæ diſciplinæ enervans, ſtrictè interpretanda, cautéque in ea procedendum, eſſe vel *Plenam*, quando nimirum Reus quoad omnia in priſtinum ſtatum reponitur, *l. 1. & ult. C. de ſent. paſſ.* obtinétque ob merita vitæ anteactæ, ob commiſerationem ætatis, ob circumſtantias, quæ malitiam minuunt, ob Reipublicæ utilitatem &c. Vel *Minus Plenam*, quâ fortè pœna corporalis remittitur, non autem bona, vel honores reſtituuntur. Ubi notandum, quòd, ſicut Judex inferior pœnam à Superiore ſtatutam remittere nequit, *l. 9. §. 11. l. 31. ff. de pœn.* &, ſi contrà fecerit, occinere ei poteris, aliam Principis, aliam Judicis laudem eſſe; huic ab obſequio, illi etiam à clementia gloriam accedere; ita etiam Princeps indulgendo Reo pœnam non poſſit præjudicare (niſi ſubſit cauſa utilitatis publicæ) læſo, cui videlicet damnum à de-

 lin-

ORDINI, id eſt, ſervato juris ordine. Nam textus iſte non loquitur de criminibus, ubi bonorum publicatio præſcripta eſt, ſed de aliis delictis, ubi bona non ceduntur fiſco. At, inquis, videtur hic *in fin.* prohiberi teſtamenti factio. Quid tum? Plura ſunt delicta, quæ ad teſtandum inhabilitant, quàm quæ inducunt bonorum proſcriptionem. vid. dicta *lib. 2. tit. 12. num. 3.* Sanè hæc *nov. 17 c. 12.* nimium probaret, cum generaliter dicat, eſſe bona illa ſervanda cognationi, adeóque etiam ultra tertium gradum, quod prorſus à mente Imperatoris in *d. nov. 117. c. ult.* debet eſſe alienum, ne ſibi Juſtinianus contradicat, cùm in *hac nov.* non aliis novellis Conſtitutionibus, ſed ſolùm veteribus legibus voluerit derogare, jung. Fachin. *contr. 2. c. 35.* Interim tamen neque opinio contraria cui (nobis planè non invidentibus) patrocinari hodiernam praxim, teſtatur *Brunn. ad tit. Auth. bona damnatorum*, nec non *Illuſtr. D. D. de Herz p. m. in ſuo Magiſt. Hiſt. lib. 3. c. 2. tit. 5. §. 3.* ſuis deſtituitur fundamentis. Si enim, ajunt, excludas collaterales, abſurda, quæ ſequerentur, prement. Cur, amabo! non abſolutè, ſed usque ad tertium ſolummodo gradum aſcendentes vocantur? An Legiſlator illum caſum exceptum voluit, quem vix ulla ferret ætas? Num exiſtimas te vivo tuum Atavum, vel abnepotem crimen tam atrox poſſe committere, ut morte ſit mulctandus. Ergo Imperator admiſſis proximioribus aſcendentibus, qui, utpote validiores, victum ſibi valent quærere, remotiores ad alimenta ſibi parenda magis inidoneos excludere voluiſſe præſumendus eſt? Verùm quidquid ſit de prima abſurditate, quæ congrua reſponſione ſolvi poteſt, altera nimium probare videtur, cum imprimis aſcendentes non ſemper debeant ſupponi inopes; deinde ſequeretur, quod aſcendentes remotiores deberent indiſtinctè præferri proximioribus, quòd hactenus nemo ſomniavit. Volunt quidam verba illa EX LATERE in veteribus originalibus appoſita temporum injuria omiſſa; Hinc magis credendum Irnerio Viro illa ætate præprimis Celeberrimo. Nos uti fidei tanti viri nil derogatum volumus; ita cuilibet liberum arbitrium relinquimus, idque & nobis exoramus.

Digitized by Google

linquente illatum, non obſtante aggratiatione, reſarciendum eſt, quia Princeps jus privato quæſitum regulariter adimere non poteſt. Quomodò & quando, ac quibus poſſit Princeps gratiam facere? traditur à Joanne Wurmſero *Integ. Diſſ. (eſt in vol. 4. Diſput. Tub. 9.) de Jure Aggratiandi*, quò vide. Interim fidem à nobis ſuperiùs datam liberabit

§. II.

De Criminibus Publicis.

5 Judicia Publica, de quibus mox actum, illa dici, in quibus de crimine publico diſceptatur, audivimus: Modò diſcutiendum, quid & quænam ſint crimina publica. Crimen publicum expeditiſſimè definiéris, quòd ſit *Delictum, quod Lege aliqua publicum eſt effectum*. Unde advertis, nullum delictum de ſe, & ex natura ſua eſſe publicum, eſto fortè ſit atrox, ſed primùm lege adventitia publicum fieri. Teſtis eſt Macer in *l. 1. ff. b. t. Non omnia Judicia*, inſit, *in quibus crimen vertitur, & publica ſunt, ſed ea tantùm, quæ ex legibus Judiciorum publicorum veniunt, ùt Julia Majeſtatis, Julia de Adulteriis, Cornelia de Sicariis, & Veneficiis, Pompeja Parricidii, Julia Peculatûs, Cornelia de Teſtamentis, Julia de vi privata, Julia de vi publica, Julia de Ambitu, Julia Repetundarum; Julia de Annona.* Habes ex ipſo fonte leges, quæ tum judicia, tum crimina publica efficiunt. Rogabis, cur non & Lex Aquilia huc veniat? Quia originaliter non fuit Lex, ſed Plebiscitum, in quo potiùs læſio privata, quàm publica ſpectabatur, & coërcebatur. Quamvis enim in omnibus delictis bonum publicum lædatur, in quibusdam tamen primariò attenditur læſio privatorum, & dicuntur Privata, in quibusdam verò ſpectatur læſio publica, illáque principaliter coërcetur, & nuncupantur Publica. Hinc non malè dixeris, delicta publica illa dici, in quibus primariò reſpicitur læſio publica, uti optimè diſcurrit Ludov. in *Theſ. Jur. de priv. delict.* At rogitas, cur in quibusdam delictis magis attendatur læſio publica? Vel ideo, quia magis bono publico ſunt noxia, ut interſit, ea promptiſſimè detegi, vel quia quædam eorum, utpote ſæpiùs patrari ſolita, propter frequentiam publica debuerunt eſſici, quod ex eo firmatur, quia non omnia uno halitu, nec ſtatim ab initio publica evaſerunt, ut videre eſt apud *Heinec. ubi ſupra paſſim.* Nolim tamen exiſtimes, in delicto privato non agi ad vindictam publicam; contrarium enim patet ex *l. fin. ff. de furt.* ſed hoc non tam fluit ex natura, ſeu fine primario ipſius delicti, quàm potiùs ex voluntate læſi, & ſecundariò, quatenus lex hanc perſecutionem in his delictis principaliter nec

at

Digitized by Google

attendit, nec præſcribit. Neque erit prohibitum in delictis publicis agere pariter ad commodum privatum ipſius læſi, puta, in homicidio ad alimenta, quæ occiſus uxori, ac filiis debuiſſet ſubminiſtrare, ſecundùm ea, quæ notavimus ſupra *de Lege Aquilia num. ult.*

Delicta Publica, alia ſunt contra Rempublicam ſacram, ſeu contra Majeſtatem Divinam, non tantùm à Chriſtianis Impp. deprædicatam in *l. ult. C. de feriis.* ſed etiam ab ipſis JCtis infidelibus agnitam in *l. 32. §. 4. ff. de recept. qui arbit. recep.* ubi tamen non disquirimus, num poſſint, aut (ſaltem omnia, de aliquibus non videtur dubium) debeant dici verè publica, cùm de Jure Canonico nihil cautum ſit, & Jure Civili pariter deficiat textus: Alia contra profanam, ſeu contra Majeſtatem humanam. Tam illa, quàm iſta breviſſimè delineabimus, accuratiori diſcuſſione iis, quibus incumbit, relicta. Ad priorem claſſem ſpectat 6

(I.) BLASPHEMIA, quæ eſt *delictum, quò DEUS verbis contumelioſis læditur;* Fitque aut directè, ac immediatè in ipſum DEUM, ùt, ſi detrahatur aliquid, quod eſt de illius eſſentia dicendo, quòd non ſit Omnipotens, Æternus, ſummè Bonus: vel aliquid adſcribatur, quod eſt contra Illius perfectionem aſſerendo, quòd ſit mendax, injuſtus, & nuncupatur *Blaſphemia Hæreticalis:* vel aliô modô, eidem aliquid imprecando, v.g. moriatur, pereat &c. & dicitur non-*Hæreticalis*, ſeu *Simplex;* Aut indirectè, ac mediatè, videlicet contra Beatiſſimam Virginem, alióſve Cœlites. Jure Juſtinianeo præfixa eſt, ad normam juris Divini veteris, *Levit. c. 24. v. 16.* indiſtinctè pœna mortis in *nov. 77. c. 1. §. 2.* Jure Carolino *art. 106.* variat pro diverſitate circumſtantiarum majoris vel minoris gravitatis, ita, ut quandoque morte, quandoque aliâ pœnâ corporali (præſertim abſciſſione linguæ) puniri debeat, ibi: Und darum an Leib, Leben, oder Glideren nach Gelegenheit, und Geſtalt der Perſon, und Läſterung geſtrafft werden. Huc ſpectat 7

(II.) HÆRESIS, quæ eſt ſpecies infidelitatis, qua *homo Chriſtianus errorem voluntarium contra fidem Catholicam cum pertinacia tuetur.* Ut igitur quis propriè dicatur hæreticus, debet eſſe Chriſtianus, adeóque per Baptiſmum ingreſſus januam Eccleſiæ, atque ſcire illud, cujus contrarium tenet, eſſe de fide ad credendum propoſitum, ac denique cum pertinacia illud tueri; hinc poteſt aliqua ſententia de ſe eſſe hæretica, quin ille, qui eam tenet, ſit hæreticus, ſi nempe eam ſubjiciat judicio Eccleſiæ, uti habetur exemplum in *c. 2. de S. Trinit.* junctо *c. 29. cauſ. 24. quæſt. 3.* Neque etiam probabiliùs hæreticus dicendus eſt, qui de fide dubitat, donec cum pertinacia non defendit; eſto graviter peccet, præſertim, ſi ſe reflectat, eſſe hoc, vel illud ab Eccleſia deciſum; nec tamen dubium deponat: Eritque illi periculoſum in eo verſari, cùm hoc mo-

 do

do authoritatem Eccleſiæ jam in dubium vocet, fitque ex conſequenti hæreticus. Ita intelligimus *c. 1. de hæret.* ibi: *Dubius in fide infidelis eſt.* Pœna in hæreticos, eorúmque fautores, vel receptatores Jure Canonico ſtatuta eſt Excommunicatio latæ ſententiæ, *c. 13. pr. & §. credentes, de hæret.* (a) vid. *P. Engel d. t. num. 8. & 10.* ubi etiam notabilia affert de le-

(a) Quæ *in Bulla Cœnæ Domini & cit. c. 13. §. credentes.* reſervata eſt S. Pontifici, atque ad eos pariter extenſa, qui libros hæreticorum hæreſim continentes, vel de religione tractantes ſine licentia Sed. Apoſt. ſcienter legunt, retinent, imprimunt, aut omninò defendunt. Ne autem ignorantia poſſit prætexi juſſu SS. Pontificum index horum librorum in lucem editus eſt. Circa hunc Indicem tamen notandum, duas eſſe claſſes librorum prohibitorum: In prima ponuntur omnes libri hæretici, & de Religione ex inſtituto tractantes, quamvis fortaſſis nullum manifeſtum errorem contineant; ſufficit enim, quod ab hæreticis ſint conſcripti, ideóque hoc ipſo periculoſi. Et hi ſub excommunicatione reſervata ſunt prohibiti. Alterá Claſſis complectitur aliam Librorum Supellectilem, qui, licèt hæreſim non contineant, aliunde tamen ſcandaloſam doctrinam, aut bonis moribus repugnantem tradunt. Et his annexa eſt pariter excommunicatio; ſed non reſervata. Imò hanc Claſſem non eſſe in Germania receptam, ajunt, quod fortaſſis, inquit, *Laud. P. Engel ubi ſuprà* verum eſſe poteſt quoad pœnam excommunicationis, non autem, quod non graviter, qui legit, peccet, ob generale periculum vel perverſionis, vel peſſimæ delectationis. vid. de hac materia, & de receptione hujus Bullæ ſolidiſſimè diſcurrens P. Reiffenſt. *cit. tit. §. 3. per totum*, præſertim verò *à num. 86. usque ad 96.* Sed qui, ais, hæreticorum principiis obviabimus, ſi ea legere prohibitum eſt? Si ex officio ad hoc conſtitutus es, facilè impetrabis licentiam, vel ab Ordinario, vel à S. Pontifice. Si ſecùs, tibi vetitum eſt in *c. 2. § inhibemus. d. t. in 6.* diſputare de Religione cum hæreticis, vel ſaltem non expedit, vel certè non eſt neceſſarium. *Laud. Author n. 87.* Ergo inſtas, ſublata mihi ſunt media inquitendi in veritatem: Veritatem fidei tibi Eccleſia, cujus judicio acquieſcere debes, præſcribit: Huic crede, & diſputationem relinque iis, quibus ex officio cura, munúsque, ſeu prædicationis, ſeu declarationis incumbit. Profectò in hæreticorum libris vix, ac ne vix quidem veritatem invenies, imò priùs inventam depravabis. Hoc nullatenus, regeris, ſed eorum fundamenta magis perſcrutando lucem inveniam. Quinimò (ita crimir antur Acatholici) lectio librorum hæreticorum ideo à Catholicis prohibetur, ne ſuos errores edocti à ſua ad noſtram religionem veram (SCILICET) transeant. Ita ſuperbiunt, ita plebi imponunt, & errores erroribus aenmulant Adverſarii noſtri Cave tibi! & firmiter crede, Hæreticorum libros de religione tractantes, vel hæreſim continentes nullatenus odio veritatis, ſed ex timore (nempe ſeductionis ac perverſionis) & ideo prohibitor, quia ferè omnes (ſunt verba *memorat. P. Reiffenſt. num 94*) repleti, vel certè infecti ſunt mendaciis, calumniis, fallaciis, falſis allegationibus, textibus doloſè truncatis, vel falſificatis, idque ſub ſpecie boni, ut Catholici Scriptores, præſertim Controverſiſtæ demonſtrant. Digni proin Decreto Imperatorio in *l. 13. §. 1. & 3. C. de SS. Trinit. & Fid. Cath. l. 8. §. fin. C de hæret.* Urges inſtantius! Omnes igitur Libri Hiſtorici, Menici, Philoſophici, Politici, Juridici (optima cujusque librariæ ſupellectilis pars!) erunt concremandi? Minimè! hos enim, qui per accidens tantum, & ſine animo hæreſim, quam fortè continent, ſuadendi, ſeu inculcandi, adeóque ſolùm relativè ſe habent, non eſſe ſub hac ſeveritate Bullæ prohibitos, probabilius docet, & oſtendit ſæpe allegat. Author *loc. cit. n. 51. & ſeqq.* Siquidem ubi non ſubeſt periculum, ſi audiam hæreticum di-

Digitized by Google

lectione librorum prohibitorum. Item Irregularitas, *c. 9. eod.* Privatio Beneficiorum, ac ſepulturæ Eccleſiaſticæ, *c. 8. & 9. d. t.* Infamia juris: Inteſtabilitas tum activa, tum paſſiva: Confiſcatio bonorum, *d. c. 13. §. damnati.* Nec non pœna capitalis (de praxi ignis) *d. c. 9. eod. D. D. Ayblinger p. m. h. t. num. 19.* Ubi obſervandum, quòd iſtæ pœnæ temporales quoad Lutheranos & Calviniſtas, quos Acatholicos vocamus, poſt *Pacem Religioſam de An. 1555. & Weſtphalicam de An. 1648.* in deſuetudinem abierint, ſintque redditæ inefficaces: Teſte ipsâ experientiâ. Advertiſti, non dubito, diſcrimen inter hæreticum & infidelem; iſte quippe à tota vera fide devius eſt; ille verò ſolummodò ab uno vel altero articulo aberrat. Unde huc ſpectat

(III.) APOSTASIA, cujus ille ſe reum facit, qui à Religione Catholica, quam profeſſus fuerat, totaliter recedit, & ad aliam planè ſectam, v. g. Judaiſmum, vel Paganiſmum tranſit. Dixi: *Totaliter recedit*; adeóque, ſi tantùm partialiter à vera fide recedat, v. g. transeundo ad Lutheraniſmum, ſeu Calviniſmum, non dicitur propriè Apoſtata. In hoc crimen eadem, quæ in hæreſim, invehitur pœnarum turba, *c. 13. de hæret. in 6.* jungatur *l. pen. C. de apoſtat.* Huc ſpectat

(IV.) MAGIA, quæ eſt *delictum, quo quis, abnegatô DEO, diabolo per pactum, ſive expreſſum, ſive tacitum ſeſe emancipat.* Species Magiæ atque ſortilegiorum numerantur variæ in *Can. 1. cauſ. 26. quæſt. 4.* quò, ſi lubet, vide. Cæterùm, ſi per diabolicam hanc artem damnum tertio dederit, igne concrematur; ſi non, pœna eſt arbitraria. *Conſt. Crimin. art. 109.* Huc ſpectat

(V.) SACRILEGIUM, *quo quis rem, vel locum, DEO ſacratum, violat*, fitque triplici modo, ſi res ſacra ex loco ſacro, ſi res profana à loco ſacro, vel, ſi res ſacra ex loco profano ſurripiatur, *c. 21. cauſ. 17. q. 4.* ſufficit itaque, ſive locus, ſive res ſurrepta ſacra ſit, quia attenditur id, quod præſtantius eſt, ſæpè *cit. Conſt. crim. art. 171. D. Blumblach. ad cit. art.*

dicere, Beatiſſimam DEIparam non eſſe Virginem, non dari purgatorium, non eſſe ſeptem Sacramenta &c. ita etiam, ſi hoc ſimpliciter legam, nec Author hanc quæſtionem, additis rationibus, ſuadere intendat. Interim tamen omnes, & præſertim Juvenes, monitos, quin & rogatos velim, & quidem ſeriò, ut etiam ejusmodi libros ab hæreticis (imò & à Catholicis, ſi doctrinam ſuſpectam, ſeu periculoſam contineant, *Sid. cit. Auth. num. 101.*) editos cautè, & non ſine ſelectu legant: Latet quandoque virus: ſenſim ſine ſenſu languet, ſi non planè vacillat, fides: tepeſcit Religio: frigeſcit ſpiritus ad Divina: ceſſat devotionis fervor: vileſcit debitus erga S. Sedem, quam paſſim calumniis laceſſunt, reſpectus: & exinde tandem nil aliud ſperari, vel ſequi poteſt, quàm deteſtandus (ut loqui amant) indifferentiſmus. En effectum attentatæ eruditionis! Cæterùm, qui Librum in ſecunda vel tertia Claſſe prohibitum legerit, quamvis excommunicationem reſervatam non incurrat, mortaliter tamen peccare, docet ſæpiùs Laud. P. Reiffenſt. *ubi ſuprà num. 105.*

Digitized by Google

art. num. 3. Pœna variat; ſi quis vaſa cum Hoſtiis conſecratis auferat, vivus comburitur: ſi verò alia vaſa conſecrata, puta, Calices, Patenas, Reliquiaria, vel etiam res alias, & accedat effractio, atque violentia, eſt quidem pœna mitior, ita tamen, ut arbitrio, ſeu judicio Juriſperitorum ob circumſtantias aggravantes ad capitalem aſcendere poſſit, vid. *cit. Car. art. 172.* In violatione capſulæ Eleemoſynariæ, Opfer-Stock, pœna eſt arbitraria; tamen corporalis, *d. Conſt. art. 173.* Huc ſpectat

(VI.) PERJURIUM, *quo quis DEUM in teſtimonium falſi vocat.* Gravitas hujus malitiæ patebit conſideranti, quàm temerarium, & plus quàm diabolicum ſit, DEUM, tanquam æternam, & infallibilem veritatem, quæ deficere nunquam poteſt, in teſtem mendacii vocare. Hinc mirum non eſt, ſi evidentiſſimis pœnis à DEO T. O. M. punitum fuerit; Neque jure Romano, ùt nonnulli apud *Stryk. U. M. P. ad Leg. Cor. de falſ. §. 8.* volunt, moti *arg. l. 2. C. de R. C.* ibi: *Jusjurandi contenta religio ſatis DEUM* (ſolve, ſed non tantùm) *ultorem habet*, impunè ferebatur, ceu ex *l. 41. C. de tranſact.* probat *Laud. Author ibid.* Quidquid tamen de hoc ſit; Jure noviſſimo non tantùm tenetur damnum, quod pejerandô proximo intulit, reſarcire; ſed etiam abſciſſionem duorum, quos jurandô erexit, digitorum, imò, ſi in criminalibus falſum teſtimonium dixerit, pœnam talionis ſuſtinere, *ſæpè cit. Car. art. 107.* Huc denique ſpectat

9 (VII.) SIMONIA, ultima hic in ordine; nollem dicere, ſi non prima ab antiquitate, ſaltem notiſſima à praxi. Authorem laudat primum novi teſtamenti hæreſiarcham illum iniquiſſimum Simonem Magum, qui, uti exhibent Acta Apoſtolorum *cap. 8. verſ. 18. & ſeqq.* cùm animadverteret pio fidelium cœtui Spiritum Sanctum per Sacramentum Confirmationis impertiri, pecuniam Apoſtolis obtulit: *Date mihi*, inquiens, *hanc poteſtatem, ut, cuicunque impoſuero manus, accipiat Spiritum Sanctum*: cui Apoſtolorum Princeps indignabundus repoſuit: *Pecunia tua tecum ſit in perditionem, quoniam donum DEI exiſtimaſti, pecuniâ poſſideri.* Inde advertis, reſpectu Simonis Magi fuiſſe veriſſimam hæreſis ſpeciem; credebat quippe impius hic nebulo, poſſe rem ſpiritualem comparari per temporalem, inter quas tamen nulla ſperari poteſt æqualitas. Eſt itaque Simonia *delictum, quo res ſpiritualis pro temporali permutatur.* Reduci poteſt ad ſacrilegium. Dixi notanter *permutatur*, ut indicetur, Simoniam committi per actualem traditionem, ſaltem ex una parte intervenientem; Neque dicas: Datur utique Simonia mentalis? Non negamus, ſed hæc ipſa traditionem aliquam requirit, eſto intentio dantis intra mentis latebras conſiſtat: Ut igitur ſit Simonia, requiritur, ut ex una parte interveniat res ſpiritualis, ſive ab intrinſeco, ùt ſunt Sacramen-

Digitized by Google

menta, ſive ab extrinſeco, ùt jus decimandi, patronatûs, talis; ex alterâ verò temporalis. Et res hæc vocatur MUNUS, quod triplex eſt, ſcilicet *A Manu*, ſi actu aliquid temporale detur, vel promittatur: *Ab Obſequio*, per quod intelligitur miniſterium quoddam temporale (ſi enim miniſterium illud ſit æquè ſpirituale, puta, datio Suffragii in electione, adminiſtratio Sacramentorum, erit tantùm Simonia Jure Eccleſiaſtico prohibita) eo fine præſtitum, ut aliquid ſpirituale acquirat; ùt, ſi Clericus Epiſcopo, vel ei, qui jus præſentandi habet, gratis inſerviret in negotiis profanis, fortè agendo officium Secretarii, ut beneficium Eccleſiaſticum acquirat: *A Lingua* fortè interceſſio, ſupplicatio eo fine pro alio facta, ut viciſſim ab eo quid ſpirituale obtineat. Finge Clericum, qui apud Principem multum poſſet, procurare alicui Patrono, qui jus præſentandi habet, aliquod officium temporale eo fine, ut Patronus iſte viciſſim illum præſentet ad illud beneficium vacans, vid. *cap. 113. 114. 116. cauſ. 1. q. 1.* nec non *cap. 8. d. cauſ. 1. q. 3.*

Erítne, rogitas, Simonia, ſi res ſacræ vendantur? Si habeatur ratio conſecrationis, & ideo pluris diſtrahantur, procul dubio eſt Simonia, *c. 12. c. 1. q. 3.* Si verò præcisè vendantur ratione materiæ, ac ſi non eſſent conſecratæ, non erit Simonia Jure Naturali vel Divino prohibita, cùm nulla ſubſit permutatio rei ſpiritualis pro temporali, cui ſententiæ adſtipulatur cum aliis Recentioribus *P. Engel. de Simon. num. 17.* Obſtat tamen è diametro, *c. 7. cauſ. 1. q. 3.* ubi inter ea, quæ connexa ſunt, unum ſine altero vendi poſſe negatur. Ibi: *Si quis objecerit, non conſecrationes emi, ſed res ipſas, quæ ex conſecratione proveniunt, penitùs deſipere probatur.* Paulò pòſt: *Quisquis horum alterum vendit, ſine quo nec alterum provenit, neutrum invenditum derelinquit.* Ad hunc & alios ſimiles textus reſponderi poteſt, eſſe quidem prohibitum, ejusmodi res diſtrahere; non tamen ideò, ac ſi foret ſimoniacum; ſed potiùs ob irreverentiam, quâ res ſacræ, per ejusmodi contractus, ſeu permutationes profanari videntur; adeóque erit Simonia Jure Eccleſiaſtico prohibita, id eſt, ejusmodi venditiones erunt prohibitæ, non quia antecedenter ſunt ſimoniacæ, ſed quia Jure Eccleſiaſtico ſunt prohibitæ; hinc creduntur fieri ex conſequenti, ſaltem apparenter, ſimoniacæ. Sed, quid ad nos iſta? Videamus potius, quæ noſtræ ſunt diſpectionis: Sunt autem crimina contra Rempublicam profanam. Quò reducitur

(I.) CRIMEN LÆSÆ MAJESTATIS, cujus gravitas tanta re- 10
putatur, ut ſacrilegio proximum nuncupetur in *l. 1. pr. ad L. Jul. Maj. Eſtque crimen publicum, quò Majeſtas humana à ſubdito læditur.* Hoc ſcelus Lege Julia (ita à ſuo Authore Julio Cæſare appellata) publicum effectum eſt. Poteſt autem Majeſtas Imperantis dupliciter lædi, puta ho-

Digitized by Google

hoſtiliter, ſi quis vitæ Principis inſidietur, vel Reipublicæ arma inferat, proditiones, ſeditiones excitet, vid. *§.3. h.l.1. §.13.ff.ad Leg. Jul. Maj. Voet.ff. d.t. num.3.* Et dicitur PERDUELLIO: Vel ſine hoſtilitate, cudendô fortè monetas, habendô privatos carceres, ſtatuam Principis frangendô &c. jungat. *Gothofr. in not. ad l.5. C. d.t. Voët. ff. eod. num. 2.* & vocatur Crimen LÆSÆ MAJESTATIS IN SPECIE. Cæterùm ex definitione ſine difficultate advertitur, requiri duo extrema, adeóque, uti ex parte delinquentis ſubjectio, ita ex parte Læſi Majeſtas interveniat, oportet. Dixi: *Subjectio*, quatenus hoc crimen non committitur, niſi à ſubdito, *Clem. 2. verſ. rurſus. de ſent. & re jud.* Impiam vocat hanc Conſtitutionem, & rebellem *Coccejus ff. ad L. Jul. Maj. q. 1.* utpote, ùt ait ille, à Pontifice Jurium Imperialium hoſte acerrimo promulgatam. Impudens lingua, uti Majeſtatis Pontificiæ rea, ita Cerberi faucibus injicienda, atque æternum, niſi revocârit, aut pœnituerit, crucianda. At, quid aliud evomet, qui cum lacte materno odium vatinianum erga S. Sedem deglutivit! Sanè moratiores Acatholici, quotquot hactenus legimus, non dedignantur, æquiſſimam hanc Conſtitutionem ad firmandam hanc ſententiam allegare. Cæterùm nihil intereſt, num ſubſit ſubjectio jure civitatis, vel incolatûs talis *arg. l. 239. §. 2. ff. de V.S.* Dixi ex parte Læſi *Majeſtas*, *arg. l. 1. ff. d.t. & l. 5. C. eod.* quæ non, ùt olim, quamlibet eminentiorem poteſtatem, uti accipitur in *l. pen. in fin. ff. de J. & J.* probátque Huberus *h. num. 3.* ſed ſummam ſignificat. Ex his infertur, neque Clericum, neque Vaſallum, qui aliàs ſubditus non eſt, ſi contra Principem Terræ quid moliantur, crimen læſæ Majeſtatis committere, quia ille planè non eſt ſubditus; iſte verò Dominum directum tantùm ratione feudi, non ratione perſonæ agnoſcit, & hinc propriè ſubditus dici nequit. Idem de alio non ſubdito ſentiendum: Eſto, ſi in Majeſtatem peccet, dignitate læſi, & malitiâ delinquentis hoc exigente, graviùs, quàm aliàs tanquam hoſtis Reipublicæ foret puniendus. Exiſtimat nihilominùs Stryk. *U. M. P. ad Leg. Jul. Maj. §. 1.* ſufficere ſubjectionem transeunter talem. (a) Infertur ulteriùs, uti certum eſt, hoc

(a) Dari hoc poterit faciliùs, ſi ſermo ſit de eo, qui longiori tempore moratur, ita, ut contrahat domicilium quaſi tale: Non item ſi merè tranſeunter ſit in loco. Si dicas: Jam eſt ſubditus, cùm juxta nos teneatur Legibus loci. Eſt quidem ſubditus; ſed per accidens, & merè transeunter, quod in materia tam gravi ac odioſa, non videtur ſufficere, *arg. cit. Clem. 2.* ſicut non gaudet omnibus, imo nec potioribus commodis Reipublicæ. Inſtabis: ſed Majeſtatem lædit! Verùm quidem eſt, ſed tantum objectivè, materialiter, ſeu terminativè; non autem ſubjectivè (liceat philoſophari) formaliter, ſeu emanativè, aut reſpectivè.

hoc delictum non tantùm committi contra Romanorum Imperatorem, aliáque ſuprema Capita Politica, quæ Superiorem in terris non agnoſcunt, ſed etiam contra Summum Pontificem, tam, ùt eſt Princeps Politicus, ſummáque in ſuo territorio poteſtate gaudet, quàm etiam, & vel maximè, in quantum eſt Chriſti Vicarius à nemine prorſus in terris dependens, *c. 5. de pœn. in 6. cap. 6. de maj. & obed.* (a) ita quadam explicatione indiget.

Quomodo, & an committatur hoc crimen in Auguſtam, in Regem Romanorum, Electores, aliósque Imperii Principes, intellige à quovis Imperii ſubdito? Quibus breviter ſatisfactum imus: Quoad Auguſtam certum putamus, gaudere illa Majeſtate Imperatoris, quam illa, veluti luna à ſole lucem, emutuat, ſeu participat, conſequenter dicetur, hoc crimen potiùs in Auguſta, quàm in Auguſtam committi, quatenùs in illa Majeſtas Imperatoris (propriâ enim caret) læditur. De Rege Romanorum itidem videtur affirmandum; (b) eſt enim primum poſt Imperatorem Caput, omnésque Electores, cæterósque Principes præcedit, *R. I. de An. 1555. §. 6.* ſicut igitur in Electores, ex mox dicendis hoc crimen patrari dicitur, multò magis in Regem Romanorum; qui in ſpe proxima Majeſtate Imperatoria, & quà Rex etiam propriâ præditus videtur, jung. *cit. R. J. §. 43.* Idem dicendum de Electoribus, quamvis enim Majeſtate verè tali (ſecùs, ſi de analogica ſit ſermo) non gaudeant, ſunt tamen partes corporis Majeſtatici, *l. 5. C. ad L. Jul. Maj. A. B. tit. 24.* Hinc etiam eſt, quòd & in Conſiliarios Imperatoris hoc crimen committi dicatur in *d. l. 5. C. ad L. Jul. Maj.* Si hoc? quantò magis hoc crimen patrabitur etiam quoad reliquos Imperii Principes, cùm & illi Imperatoris, ac Imperii Conſiliarii, imò pars corporis Majeſtatici verè dici poſ-

(a) Etiamſi Stryck. *U. M. P. ad L. Jul. Maj. §. 6.* negare non poſſit in S. Pontificem committi crimen læſæ Majeſtatis, ab aſſuetis tamen conviciis abſtinere nequit, in hanc inſaniam tamen prorumpit. *Quoniam prætenſus iſte Chriſti Vicarius in multis Provinciis; QUAMVIS CONTRA DOCTRINAM CHRISTI ET APOSTOLORUM, ſecum Imperium exerceat, non minùs ac alius ſæcularis Princeps, hinc &c.* Vellem, oſtendiſſet Stryckius, ubi Chriſtus Dominus, vel Apoſtoli Imperium temporale exercere prohibuerint. At quæres cum Stryck. Unde acquiſivit? Sanè, ſi prorſus alium titulum non haberet (quod tamen falſiſſimum eſt) num ei negare poteris titulum præſcriptionis immemorialis, & quidem multorum ſæculorum? Livor mentem obfuſcat.

(b) Et quidem non tantùm Imperatore mortuo, de quo non videtur dubium; Aut etiam ſi illo abſente interim ejus nomine imperet; ſed indiſtinctè ob rationes hîc ſubnexas. Contrarium ſuſtinet Stryck. *U. M. P. ad L. Jul. Maj. §. 2.* Ea ſuffultus ratione, quod Majeſtas Regis Rom. vivente Imperatore ſit in ſuſpenſo, ſeu pendenti quatenus vi Capitulationum debet promittere, ſe adminiſtrationi non ingreſſurum. Verum quamvis adminiſtratio & Majeſtas IMPERATORIA illius reſpectu ſit in ſuſpenſo, adeſt tamen Majeſtas REGIA in ipſo jam radicata, & verè talis, ac actualis, eſto exercitium interim ſit in ſuſpenſo: id, quod non implicare, variis inſtantiis poſſet oſtendi.

poſſint, gaudeántque, veluti Electores, Majeſtate quadam propria, ſaltem analogicâ. Nihil refiagatur, quòd in *A.B.* nulla de iis fiat mentio; nam ſanctio iſta præcipuè præ oculis habuit negotium Electionis Imperatoriæ, adeóque Electorum, non aliorum Imperii Principum, quos negotium Electionis non concernit, curam habuit. Putat nihilominus Hoppius *h. ad §. 3. verſ. Sed quæritur.* in eo aliquod verſari diſcrimen, quòd, ſi hoc crimen contra Electorum aliquem ſit commiſſum, adeóque periade ſe habeat, ac ſi contra ipſum Imperatorem eſſet commiſſum, adeóque ejus bona ubicunque in Imperio exiſtant, ſint confiſcata; econtrà, ſi adversùs alios Principes ſit patratum, tantùm bona in ejus territorio ſita confiſcationi erunt obnoxia, quod rurſus limitat, niſi Princeps intuitu Imperii, cui fortè armis aſſiſtebat (idem dicendum foret, ſi in alio Imperii negotio, puta Comitiis, verſabatur) fuerit læſus. Quidquid de his ſit; nobis extra dubium eſt, à ſubdito proprio ipſius Principis committi crimen læſæ Majeſtatis, quod ſatis patet ex dictis, cùm in ſuo territorio gaudeat Majeſtate ſaltem analogicâ.

II Pœna alia eſt criminis læſæ Majeſtatis in ſpecie, alia Perduellionis. Illius coërcitio pro diverſitate malitiæ variat; & quandoque relegatione; interdum deportatione; frequentiùs etiam pœna capitali mulctatur, *l. 24. l. 40. ff. de pœn. arg. §. 3. h.* Pœna Perduellionis tam ſtringens eſt, ut quemlibet, etiam audaciſſimum, abſterrere debeat, præſertim, cùm non ſiſtat gradum in delinquente, ſed etiam ad ejus filios progrediatur. Siquidem ipſe perduellis afficitur ultimo ſupplicio, *l. 5. pr. C. ad L. Jul. Maj.* quod, vel gladio, vel igne, vel diſſectione in quatuor partes, poſtmodum in locis publicis ſuſpendendas, ſi maſculi ſint, ſi verò fœminæ, ſuffocatione inferendum, contendit Carpzov. *pr. crim. part. 1. q. 41. num. 94.* Idque probat *arg.* deſumptô ex *ord. crim. art. 124.* ejúſque bona publicantur, ſeu fiſco (probabiliùs tamen non ipſo jure; ſed ſecutâ ſententiâ, *arg. l. 25. ff. qui, & à quib. manum. & §. 5. de her. quæ ab int. def.* Addat. *Gletle de crim. publ. cap. 2. §. 5. num. 2.*) cedunt; &, ſi mors pœnam hanc præoccupaverit, crimen nihilominus moveri poteſt, & memoria defuncti damnatur, ejúſque res hæredibus auferuntur, *l. 6. C. d. t. Nam ex eo tempore* (ſunt verba *cit. l. 5. pr.*) *quo hanc cogitationem ſubiit, propter cogitationem* (haud dubiè tamen in actum externum deductam, *arg. l. 18. ff. de pœn.*) *dignus eſt pœnâ*, jungat. *l. 7. & 8. C. eod. vid. cit. Gletle ubi mox ſuprà §. 5. per tot. Filii verò ejus* (referimus huc verba *cit. l. 5. §. 1. C. d. t.*) *quibus vitam Imperatoria ſpecialiter lenitate concedimus (paterno enim deberent perire ſupplicio, in quibus paterni, hoc eſt hæreditarii criminis exempla metuuntur) à materna, vel avita omnium etiam proximorum hæreditate, ac ſucceſſione* (ſalvis tamen procul dubio alimentis;

Digitized by Google

tis, ſaltem naturalibus, donec ſe ipſos alere poſſint) *habeantur alieni, teſtamentis extraneorum nihil capiant, ſint perpetuò egentes, & pauperes, infamia eos paterna ſemper comitetur, ad nullos prorſus honores, ad nulla Sacramenta perveniant, ſint poſtremò tales, ut his, perpetua egeſtate ſordentibus, ſit & mors ſolatium, & vita ſupplicium.* Sed inquies, cur innocentes patris delicta luant? In majorem criminis deteſtationem: Uti enim famam, bona, patriam, beneficiô Reipublicæ poſſidemus; ita ejus juſſu, bono publico exigente, auferri poſſunt. *Hopp. h. ad §. 3.* Quid dicendum ſit de alienationibus ab iis, crimine admiſſo, peractis, vid. *d. l. 5. §. 4. Ad filias ſanè eorum* (pergunt Impp. in *d. l. §. 3.*) *quolibet numero fuerint falcidia* (id eſt, legitima) *tantùm ex bonis matris, ſive teſtata, ſive inteſtata deceſſerit, volumus pervenire, ut habeant mediocrem potiùs filiæ alimoniam, quàm integrum emolumentum, ac nomen hæredis. Mitior enim circa eas debet eſſe ſententia, quas, pro infirmitate ſexûs, minùs auſuras eſſe confidimus.* Circa hanc pœnam varia dubia reſolvit Laud. Gletle *loc. cit. §. 6.* Porrò non tantùm Perduellis, ejúſque liberi, ſed etiam criminis conſcii, præſertim, ſi quomodocunque concurrerint (multi contendunt, ſufficere, ſi ſciverint, nec patefecerint) iis pœnis digni cenſentur in *d. l. 5. §. 6.* ibi: *Id, quod de prædictis, eorúmque filiis cavimus, etiam de ſatellitibus conſciis, ac miniſtris, filiiſque eorum ſimili ſeveritate cenſemus*, vid. *Gletle ibid. §. 7.* Nos ad alia pergimus, quæ huc pertinent, ſúntque crimina carnis. Idcircò refertur

(II.) ADULTERIUM, quod, omiſsis aliorum definitionibus, notâ dignis definimus, eſſe *Delictum Publicum, quo Connubium* (alii dicunt Thorus alienus) *per concubitum cum alio habitum violatur.* Dicitur: 12
Delictum Publicum. Publicum autem ſimiliter effectum eſt Lege Julia. Dicitur: *Quo Connubium.* Ubi advertendum, aliter adulterium committi Jure Canonico: aliter Jure Civili: Hoc Jure non aliter patratur, quàm cum Nupta, *l. 6. §. 1. ff. ad L. Jul. de adult.* ibi: *Sed propriè adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum compoſito nomine;* cui conſonat textus alius non abſimilis in *l. 34. §. 1. ff. d. t. Adulterium*, inquit Modeſtinus, *in nupta admittitur: ſtuprum in vidua, vel virgine, vel puero committitur.* Unde advertis, Jus Civile tantùm attendere ad commixtionem ſanguinis, atque incertitudinem prolis, quæ primùm contingit, ſeu emergit, ſi cum nupta commercium habeatur; quapropter, ſi ligatus cum ſoluta carnaliter commiſceatur, Jure Civili non eſt adulterium: Idem dicendum, ſi quis carnaliter peccet cum alterius conjuge, quæ viro deſerto (ſecùs ſi cum nondum deſerto, *l. 13. §. 2. ff. d. t.*) ſeſe proſtituat, *l. 22. C. eod.* Hac diſtinctione commodè concilia-

Digitized by Google

liabis *cit. ll.* inter ſe pugnantes, quam tamen rejicit Voët. *ff. d. l. n. 8.* (a) Aliis videtur, in viro ceſſare crimen adulterii, *d. l. 22.* in muliere non ceſſare, *d. l. 13. §. 2.* Hæc interpretatio verbis textuum non tantùm non repugnat; ſed omninò congruit, ùt legenti patebit. Quid, ſi alterius ſponſam quis corrupерit? Sequitur reſolutio ex dictis, non eſſe adulterium. Id, quod exinde confirmatur: ſi eſſet adulterium, deberet ille, qui alteri deſponſatam ducit, & cognoſcit, ſimiliter committere adulterium; præſertim ex illorum ſententia, quòd ſponſalia priora per matrimonium cum alia contractum non abſolutè tollantur, ſed tantùm ſuſpendantur, cùm ſemper maneret jus ad perſonam deſponſatam: hanc ſequelam autem vix aliquis ſomniabit. Non ſomnium, ais, ſed veritas erit, cùm tantùm tunc talis excuſetur ab adulterio, ſi uni deſponſata alteri tantùm nupſerit, non item, ſi ſimul ab eo cognita fuerit, *arg. l. 11. §. 7. ff. ad L. Jul. de adult.* in verbis: *Novam rem inſtituere hujusmodi accuſatorem exiſtimo, qui adulterii crimen objicere deſiderat, propter hoc TANTUM, quòd priori ſibi deſponſata puella à patre in matrimonium alii fuerit tradita.* At, ſomnium ſit, oportet, ſi ſupponere vis, deſponſatos diſtuliſſe carnalem copulam usque ad accuſationem prioris ſponſi. Deinde fuit reſponſum ad caſum particularem, quod argumentô à contrario deductô non probat. Jungant. quæ habet Voët. *ff. d. t. num. 9.*

Oppones cum *D. D. Franz b. t. num. 30. l. 13. §. 3. ff. d. t.* ibi: *Divi Severus, & Antoninus reſcripſerunt, etiam IN SPONSA HOC IDEM vindicandum; quia neque matrimonium qualecunque, nec ſpem matrimonii violare permittitur.* Sed vix eſt, ut Vir Clariſſimus ex hoc textu quid conſequatur, cùm per *ly hoc idem* non adulterium; ſed ſtuprum intelligi, oporteat, ceu patet, ſi *§. 2. cit. l. 13.* cum ſequenti 3. conjungatur, qui ita ſonat: *ſed & in ea uxore poteſt maritus adulterium vindicare, quæ vulgaris fuerit, quamvis, ſi vidua eſſet, impunè in ea STUPRUM committeretur.* Pergit poſteà textus in citt. formalibus, *etiam in ſponſa hoc idem* (nempe ſtuprum)

(a) Nec, ut videtur, immeritò: ſiquidem qualiscunque malitioſa mulieris deſertio eam ipſo jure non liberat à vincolo matrimonii, adeòque durante matrimonio & adulterium obtineat neceſſum eſt. Et ſanè ſi ea, quæ lege refragante, & ſolùm ideo repudium marito miſit, ut licentiùs peccare valeat, à marito adulterii accuſari poterat *l. 35. C. d. t.* multò magis illa hujus delicti pœnis erit ſubjicienda, quæ nullo prætextu, ſeu quæſito colore viro deſerto ſe proſtituit. Sed quid reponet Voet. ad *d. l. 22. C. eod.* Ejusmodi mulieres, ait, ſi promiſcuè, & meretricio more ſeſe proſtituerint, habebantur pro perſonis abjectis, ac vilibus, quarum reſpectu adulterium non committebatur. *l. 29. C. d. t.* Sed hoc non eſt tollere, ſed augere difficultatem, cùm ſemper maneat textuum citt. oppoſitio. Siquidem ſi talis mulier habetur pro abjecta, ita, ut non committatur, adulterium, ſemper obſtabit, *d. l. 13. §. 2.* ubi dicitur, poſſe maritum in poſito caſu adulterium vindicare. Si ſecùs refragabitur *cit. l. 22.* Hinc præplacet altera reſponſio *hic verſ. Aliis* data.

prum) *vindicandum:* conſequenter quid ſpeciale eſt, ſponſum poſſe vindicare ſtuprum ſponſæ illatum, addita ratione, *quia nec ſpem matrimonii violare permittitur.* Nec enim ignotum eſſe poterit, quamcunque injuriam ſponſæ illatam in contumeliam ſponſi redundare, *l. 15. §. 24. ff. de injur.* Sanè mirandum, quòd *cit. Authot* huic ſententiæ adhæreat; poſtquam paſſim dixerat, adulterium non committi, niſi cum nupta, ob commixtionem, ſeu confuſionem ſanguinis, cujus utique cum ſponſa, quamdiu talis eſt, nullum ſubeſt periculum. Neque dicas, hoc argumentum nimis eſſe bonum; cùm ſequeretur neque cum nupta, antequam matrimonium conſumetur, committi adulterium, cùm ceſſet periculum commixtionis. Nam hic ceſſat hoc periculum per accidens, quatenus per accidens eſt, quòd conjuges jure matrimoniali hactenus, veluti poſſunt, uſi non fuerint; inter ſponſos autem ceſſat per ſe, cùm nondum habeat jus actuale ad copulam: Illa autem attenduntur, quæ per ſe, non per accidens fiunt. Si urgere placeat, quod in *d. l. 13. §. 8.* bis mentio fiat adulterii à ſponſa commiſſi, non diſplicebit, dum ex Papiniano in *d. l. 6. §. 1. ff. eod.* regerimus, *Lege Julia adulterium, & ſtuprum promiſcuè ſumi*, veluti clareſcit ex dictis. Hæc in quantum concernit Jus Civile. Jure Canonico, ut committatur adulterium, ſufficit, ſi alteruter fœdus conjugale violaverit, adeóque jure hoc non intereſt, num mas, ſive fœmina vinculo matrimoniali adſtrictus fuerit. Ita Iſidorus in *c. 15. cauſ. 32. q. 5.* in verbis: *Nam ſpecialiter adulterium facit, qui præter ſuam ad alteram* (loquitur abſque diſtinctione) *accedit.* Æquè enim maritus ad fidem uxori ſervandam, ac uxor marito obſtrictus eſt. *Nemo ſibi blandiatur de legibus hominum* (inquit D. Ambroſius in *Can. 4. d. cauſ. 32. q. 4.*) *omne ſtuprum* (intellige conjugati) *adulterium eſt; nec viro licet, quod mulieri non licet. Eadem à viro, quæ ab uxore, debetur caſtimonia.* Cui ex integro ſuccinit D. Hieron. in *c. 20. cit. cauſ. 32. q. 5. apud nos* (inſit) *quod non licet fœminis, æquè non licet viris, & eadem ſervitus pari conditione cenſetur.* Jungatur D. Auguſt. in *c. 2. ead. cauſ. 32. q. 6.* cujus formalia alibi retulimus. Dictum fuit in definitione: *Per concubitum violatur.* Quibus innuitur, non ſufficere oſcula, vel tactus; ſed actualem commixtionem, qua jus innocentis conjugis lædatur, requiri. Unde patet communis diviſio, quòd

Aliud ſit *Simplex*, ſeu *Unilaterale*, ubi unus tantùm complicum. 13
Aliud *Duplex*, ſeu *Bilaterale*, ubi uterque complicum vinculo matrimoniali conſtrictus eſt; qualiſcunque demum alteruter ſit conditionis; cùm unicè attendatur violatio fidei conjugalis. Non eſt ita, ais, dum Ancilla, potantibus miniſterium (carnale) præbens à judiciaria ſeveritate immunis pronunciatur in *l. 29. C. d. t.* addita ratione, quòd tantùm *ab his fœminis pudicitiæ ratio requiratur, quæ juris nexibus detinentur, & matris-*

familias nomen obtinent; non item ab iis, *quas vitæ vilitas dignos legum obſervatione non credidit.* Non eſt aliter, ſi ſermo ſit de Jure Civili. Interim non crediderís, Conſtantinum perſonas viliores infra legum poſuiſſe curas, ut eò liberiùs libidini indulgere valeant; ſed ideo, ut hujus neglectûs cogitatione à vita famæ, & pudoris prodiga, absterreantur: optima ſanè intentio, modò effectum obtinuerit! Profectò noſtras ancillas, ſeu famulas ſalutaris hæc meditatio vix retrahet! Hinc, uti Jus Canonicum non diſtinguit, ita praxis, nullo habito reſpectu ad perſonas, eſt uniformis. Pœna igitur adulterii, præter hoc, quòd poſſit Maritus adulterum (non tamen uxorem) ſi ſit perſona vilis (aliter diximus de patre *ad tit. de patria poteſtate num. 7.*) domi ſuæ deprehenſum impunè occidere, *l. 24. pr. & §. 1. ff. d. t.* Stryck. *ibid. §. 15.* Alia ſtatuitur Jure Divino, & quidem indiſtinctè capitalis. *Levit. 20. v. 10.* Alia eſt Jure Codicis; Alia Jure Novellarum; Alia Carolino. Conſtantinus, ùt ajunt, præſcripſit pœnam gladii in *l. 30. §. 1. Cod. eod.* Verùm inquies, cur Conſtantino tribuimus, quod Julio Cæſari, qui adulterio pœnam gladii jam impoſuit *§. 4. h.* convenit? Refert hoc ad emblemata Triboniani *Hub. h. num. 6.* Melius Tribonianus defenditur, ſi dicatur, jam ante tempora Alexandri, qui integro ſæculo Conſtantinum præceſſit, adulterium fuiſſe crimen capitale, uti colligitur ex *l. 9. C. ad L. Jul. de adult.* hinc facilè referri poſſe ad tempora Julii Cæſaris: Neque fidem facis, ſi dicas, tempore Legis Juliæ pœnam adulterii fuiſſe deportationem, *l. 5. ff. de quæſt.* Nam hoc intelligendum juxta mitiorem ſententiam, vel gratis dicis, textum hunc referendum ad tempora Julii Cæſaris, cùm potiùs ad antiquiora, ubi hæc pœna nondum vigebat, vel ad noviora, ubi fortaſſis jam in deſuetudinem abiêrat, referri oporteat, ut magis concordetur cum aliis, quos citavimus. Contradicit Vinn. *h. ad §. 4.* quò vide. (a) Interim nobis certum videtur, quòd, ſi Con-

Stan-

(a) Ait ille: Certè Lege Julia pœnam adulterii non fuiſſe capitalem, arguunt, *l 6. de divort. l. 11. h. t. l. 14. de teſtib. l. 13. de his, quæ, ut indig.* Imò, pergit, ipſe Juſtinianus hanc pœnam Conſtantino tribuit in *nov. 134. cap. 10.* Verùm ex prioribus textibus non aliud eruitur, quàm quòd pœna hæc non ſemper & continuo poſt Julium Cæſarem manſerit capitalis, quod neque nos contendimus. *Nobellam cit.* quod attinet ſine præjudicio noſtræ ſententiæ tranſmittere poſſumus, pœnam hanc capitalem adſcribi poſſe Conſtantino, ſed quà reſtauratori, non inventori; quod novum non eſſe, ſatis patet ex Beneficio diviſionis fidejuſſoribus indulto, quod eſto fuerit ab Hadriano *§. 4. de fidejuſſor.* nihilominus adſcribitur illius ſucceſſori D. Pio in *l. 49. §. 1. in fin. ff. eod.* Cæterùm hæreſis juridicæ nullatenus damnandum exiſtimamus, qui dixerit, neque Julium Cæſarem eſſe Authorem hujus exaſperationis; cùm neque hoc certo conſtare poſſit: Parile exemplum habemus in homicidio, cujus pœna olim erat mitior, teſte Paulo *recept. ſent. lib. 5. tit. 23. in pr.* & Marciano in *l. 3. § pen ff. ad L. Cor. de ſic.* Nec tamen indubitatò ſcimus, quis Imperatorum fuerit pœnæ capitalis Author.

Digitized by Google

ſtantinus hanc pœnam primus ſtatuiſſet, cum majori energia, facta nimirum mentione novitatis, ſcripſiſſet. Sanè jam ante *d. l. 30. §. 1.* adulterium fuiſſe crimen capitale (quod tamen patroni ſententiæ contrariæ præfractè negant) planum eſt ex *l. 16. C. de pœn.* quæ quidem æquè Conſtantini eſt, ſed ultra undecim annos illâ antiquior. Illa quippe emanavit An. 326. 7. Cal. Maji. Iſta jam An. 314. 15. Cal. Maji prodiit, adeóque à primo ad ultimum Conſtantinus jam ſuppoſuit, per leges antiquiores, licèt quandoque, ùt fieri amat, vel neglectas, vel identidem mutatas, adulterio fuiſſe ſtatutam pœnam capitalem, ùt ſolidè deducit Voët. *ff. de tranſact. num. 18.* Juſtinianus in *nov. 134. cap. 10. in pr.* reſpectu Adulteri reliquit pœnam gladii, quæ tamen, ſi uxor innocens pro marito intercedat, in exilium mutari poterit; & ita demum, ut uxor maritum ſequi debeat, uti moribus obſervari teſtatur *Hopp. Uſ. Hod. h. ad §. 4.* Reſpectu Adulteræ verò, eam, haud dubiè ob ſexûs fragilitatem, mitigavit, voluitque, ut virgis cæſa detrudatur in Monaſterium, quæ, ſi à viro, uti poteſt, intra biennium repetatur, redire poterit; ſin minus, habitum Monachalem ſuſcipere, & perpetuò ibi manere cogitur. Carolus V. in ſua *Conſtit. crim. art. 120.* differentiam illam inter marem, & fœminam ſuſtulit, & æqualiter puniri voluit. Moribûs pœna adulterii variat, augenda tamen, ſi reiteretur, ac ſæpiùs recurrat. Mirum fœminas adulteras puniendi modum apud Judæos uſitatum exhibet *Stryck. ubi ſuprà §. 12.* quem, ſi placet, conſule. (a) Cauſæ, quarum intuitu mitigari ſolet pœna ordinaria, videri poſſunt apud *Carpzov. pract. crimin. part. 2. quæſt. 57. & 58. D. D. Franz h. num. 50.* Speciale quid eſt circa accuſationem, quòd jure mariti, (b) vel patris intra ſexaginta dies, à tem-

(a) Ibi ita ſcribit: Wann ein Weib im Ehe-Bruch betretten wird, muß ſie 40. Tåg nacheinander auf jeden Tag ein halbe Stund deß Winters nackend biß an den Nabel im kalten Waſſer, und deß Sommers auf einem Ameiſſen Neſt ſitzen, und darneben ein gantzes Jahr ohne Hembde gehen, und deß Nachts auſſerhalb der Thür ſchlaffen. Hactenus ille: Quid nos? O wie heylſam wåre diſe Straff für ein ungeheures Weib! wordurch die ungebührliche Hitz gedåmpſſet werden mögte. Fœmina adulterii rea (ita ex probatis Autboribus allegat in germanico) tempore hyemali per quadraginta dies continuos ſingulis diebus per mediæ horæ ſpatium in aqua frigida uſque ad umbilicum denudata: tempore vero æſtivo in formicarum acervo, ſeu myrmecio, ſedere, ac inſuper integro anno ſine induſio (aliàs tamen veſtita) ire, & denique noctu ad januam cubiculi dormire debet. Putáſne hanc pœnam fore & noſtris ſalutarem? Nullus dubito, quin impudicum calorem eſſet extinctura, vel ſaltem refrænatura!

(b) Id eſt cum Jure prælationis, aliarúmque prærogativarum, quæ paſſim, & ſpecialiter in *l. 30. C. d. t.* videri poſſunt Hinc maritus etiam patri præfertur, vid. tamen *l. 2. §. pen. l. 3. ff. eod. l. 47. ff. ſolut. matr.* Quandoque enim Maritus lenocinii ſe ſuſpectum, vel reum facit, confer. *cit. l. 2. §. 2. & 6. l. 11. pr. l. 29. pr. & §§. ſeqq. l. 31. §. 1.*

tempore ſoluti matrimonii (à tempore commiſſi criminis eſt indiſtinctè quinquennium, *l. 29. §. 5. l. 30. ff. ad L. Jul. de adult.*) accuſari poſſit; jure vero extranei, ſexaginta diebus nimirum lapſis, intra quatuor menſes, vid. *l. 4. pr. & §§. ſeqq. l. 11. §. 6. l. 14. §. 2. ff. junctâ l. 5. & 6. C. eod.* Omnibus autem accuſare volentibus, maritum præferri, colligitur apertè ex *l. 2. §. pen. ff. d. t.* Quinam autem præter patrem, & maritum hodie admittantur, deciſum eſt in *l. 30. C. eod. vid. Voët. ff. ad L. Jul. de adult. num. 21. & 22.* Refertur [illegible]

24 (III.) STUPRUM, *quo quis carnaliter commiſcetur cum Virgine, alias honeſtè vivente, vel vidua, aut etiam puero, l. 34. §. 1. ff. ad L. Jul. de adult.* Dixi: *cum Virgine:* Nam, ſi jam ante fuerit corrupta, erit fornicatio. Dixi: *honeſtè vivente:* ſi enim ſit abjecta, vel omninò ſerva, propriè ſtuprum (Jure Civili, ſecùs Canonico) non dicitur; nec pœna ſtupri obtinet, *l. 25. & 29. Cod. ad L. Jul. de adult.* Pœna ſtupri variat. Jure Canonico (cui prævivêre Sacræ Paginæ *Exodi 21 v. 16.* ibi: *Si ſeduxerit quis virginem nondum deſponſatam, dormieritque cum ea, dotabit eam: & habebit uxorem: ſi pater virginis,* ita pergitur *v. 17. dare noluerit, reddet pecuniam juxta modum dotis, quam virgines accipere conſueverunt*) tenetur ſtupratam dotare, ac ducere, *c. 1. & 2. de adult. & ſtup.* quod tamen multi, ſi abfuerit promiſſio matrimonii, ſumunt disjunctivè nimirum, vel dotare, vel ducere, data tamen electione ipſi corruptæ (ſi vidua ſit, ſuo periculo luxuriatur, utpote, quæ dotem, & virum habuit. *Ant. Faber. lib. 9. C. tit. 7. def. 5. n. 4.*) vid. dicta ſuperiùs *de Nupt. p. 1. §. 7. num. 10. in fin.* & ea, quæ habet *Hopp. h. ad §. 4.* Quid, ſi ſtuprator ſit conjugatus (idem, ſi aliud ſubſit impedimentum, ut matrimonium ſubſiſtere nequeat) num ſaltem teneatur dotare? Negat poſt alios *Carpz. p. 1. quæſt. 68. num. 70. Voët. ubi ſuprà num. 3. poſt med.* Nec poteſt aliter: ſupponit enim electionem competere ſtupratori, & dotationem eſſe ſurrogatam in locum matrimonii, quod contrahere renuit. Ceſſante igitur impoſſibilitate matrimonii, ceſſat etiam, inquit, ſurrogata obligatio dotandi. Verùm, cùm hoc repugnet noſtris principiis, quibus

§. 1. ff. l. 10. C. d. t. l. 5. C. de condict. ob turp. cauſ. quibus textibus tamen non parùm derogatum videtur per *nov. 117. c. 8. §. 2. Auth. ſi novo jure C. d. t.* Inde etiam fluit, quod eſto extranei (ii nempe, quibus de jure erat facultas accuſandi adulterium) non potuerint durante matrimonio uxorem accuſare, & quieſcens connubium turbare *l. 26. Cod. eod.* hodie tamen fieri hoc poſſe, teſtantur *paſſim*; etiamſi maritus indulgeat. Sicut accuſatio publica, quamvis maritus gratiam faceret, quotidie practicatur, licèt ſoleat (niſi quid aliud obſtet, & non ſubſit periculum relapſûs) pauliſper pœna mitigari. Cæterùm moribus hodiernis accuſatio adulterii quoad vindictam publicam nullatenus erit illis vetita, qui ad accuſandos aliorum criminum reos publicè conſtituti ſunt.

Digitized by Google

bus electionem corruptæ, atque læſæ dedimus, manebit ſaltem jus petendi dotem, cùm matrimonium peti nequeat, *arg. l. 34. §. 6. ff. de contr. empt. vend. & l. 95. pr. ff. de ſolut.* Jure Civili diſtinguendum; num fuerit ſtuprum *Simplex*, ſeu *Voluntarium*, nullâ vî adhibitâ, patratum: vel violentum; ſcilicet per violentiam puellæ, vel cuicunque fœminæ honeſtè viventi, invitæ (idem, ſi volenti, ſi ſit intra infantiam, *arg. §. 10. de inut. ſtipul. & l. 70. in fin. ff. de V. O.*) illatum: In illo mulctatur dimidia bonorum parte, ſi ſit perſona honeſtæ exiſtimationis, ſi vilis, virgis cæſus delegatur cum infamia, *§. 4. h. junctâ l. 7. §. de publ. jud.* Imò, ſi præviis perſuaſionibus puellam altioris conditionis ſeduxerit, obtinebit pœna capitalis, *l. 1. §. ult. ff. de extraord. cognit.* In iſto, nimirum violento, Jure Juſtinianeo eſt pœna Legis Juliæ de vi publica, *l. 29. §. ult. ff. ad L. Jul. de vi publ.* adeóque pœna deportationis, *l. 10. §. fin. ff. d. t.* Jure Carolino pœna ſtupri violenti eſt capitalis, & quidem gladii, caſu, quo ad actum perfectum devenerit; ſecùs fortè, quòd fœmina evaſerit, aut ſe defenderit, eſt (uti modernâ praxi in furto, ſtupro ſimplici) arbitraria, *d. Conſt. crim. art. 119.* Num autem violenter ſtuprata, ùt virgo, valeat incedere? durum eſt dicere. Affirmat Stryk. *d. t. §. 17.* ſi non ſit ſecuta imprægnatio. Negat pró caſu oppoſito. Specialis inſuper pœna conſtituta eſt in tutore, vel curatore, qui pupillam ſuam ſtupravit, videlicet publicatio bonorum cum deportatione, *l. un. C. ſi quis eam, cujus tut. fuit, ſluprav.* Cæterùm cauſas, ubi etiam aliàs pœna aggravari poteſt, exhibet Voët. *ubi ſuprà num. 2.* Refertur

(IV.) RAPTUS, *qui eſt crimen publicum, quo quis fœminam hone-* 15
ſtam libidinis explendæ causâ de uno loco ad alium moraliter diſtinctum vi abducit. Ejusmodi Raptor non tantùm amiſſione bonorum, quæ, legitimâ liberorum, ſi habeat, exceptâ, *arg. l. 7. ff. de bon. dam.* raptæ acquiruntur, *l. 54. C. de Epiſc. & Cler. nov. 123. cap. 43.* mulctatur; ſed inſuper capite plectendus dicitur in *§. 8. h. l. un. C. de Raptor. virg. Conſt. Car. art. 118. & ibi D. Blumblach. n. 1.* Nec intereſt, utrùm rapta conſenſerit, nec ne, dummodò ii, ſub quorum poteſtate eſt, fuerint inviti; *citt. text.* Mitigabitur tamen pœna ordinaria, ùt vult *Hopp. h. ad §. 8.* ſi raptor pœnitentiâ ductus pudicitiæ pepercerit, cùm ratio irreparabilis virginitatis, quæ nondum adempta eſt, ceſſet. Ad contraria reſpondet Voët. *ff. ad L. Jul. de vi publ. n. ult. in fin.* (a) Quid, ſi fœmina virum rapiat? Videtur nobis

(a) Potiſſimum argumentum in contrarium eſt, quòd Parentes, Conſanguinei &c. ſi raptorem in flagranti deprehenderint, poſſint illum occidere; *d. l. un. ad init.* conſequenter raptus non corruptio attendenda. Sed illatio claudicat. Habes inſtantiam. Pater poteſt jure etiam antiquiori filiam in adulterio deprehenſam (idem de fure nocturno proportionaliter dicendum *l. 4. §. 1. ff. ad L. Aquil.*) An exinde ſequitur: adul-

bis idem dicendum, ob eandem identitatis rationem; imò magis contra ſexum peccat, quàm maſculus. Recapitulentur inſuper dicta *de Nupt. part. 2. §. 2. n. 45.* Diſſentit *cit. D. Blumblacb. ubi ſuprà n. 7.* Ex ea potiſſimùm ratione, quòd in pœnalibus non obtineat extenſio. Sit hoc: obtinebit tamen comprehenſio, quæ locum invenit, ubi eſt eadem, ſi non major, uti hic, omninò ratio. Refertur

• (V.) INCESTUS, *quo ille, qui cum perſona ſanguine, vel affinitate ita conjuncta, ut matrimonium contrahi non poſſit, carnaliter commiſcetur, ſe obſtringit.* Pœna jure noſtro non eſt definita. Legitur quidem huic crimini ſtatuta deportatio in *l. 5. ff. de quaſt.* & *nov. 12. c. 1.* Sed, cùm illa non diſtinguat inter lineas, vel gradus; hæc verò tantùm loquatur de inceſtis Nuptiis; vix licebit quid certi eruere: At pœnam mortis indigitat Sacer Textus *Levit. 18.* & *20. Deuter. 27. verſ. 20.* & *ſeqq.* Hinc non pauci hanc viam ingreſſi docent, ſi committatur inter perſonas in linea recta, præſertim primi vel ſecundi gradûs, v. g. inter patrem, & filiam; avum, & neptem, eſſe capitalem; ſecùs autem, adeóque inter collaterales, vel affines (& inter hos indiſtinctè) arbitraria, *arg. Conſt. Carol. 217.* Conſul. Carpzov. *ubi ſuprà part. 2. art. 72.* & *73:* addatur pro meliori inceſtûs notitia *l. 38. pr. §. 1. 2.* & *3. ff. d. t.* & *Voet. ibid. num. 19.* & *20.* Refertur

(VI.) LENOCINIUM QUÆSTUARIUM, *quò ſe obſtringit ille, qui uxorem, liberos, aut alias fœminas, quas ſecum habet, aliorum libidini quaſtûs gratiâ proſtituit*, vid. *l. 43. §. 6. 7. 8.* & *9. ff. de Rit. nupt.* Si uxorem vel liberos quis proſtituat, definita eſt pœna ultimi ſupplicii in *nov. 14. per tot.* ſi perſonas alias; eſt rurſus arbitraria, *d. Conſt. Crimin. art. 122.* & *ibi D. Blumblacb. num. 1.* & *ſeqq.* Refertur

(VII.) SACRILEGIUM LUXURIOSUM, *quod committitur, ſi quis cum perſona DEO ſacrata* (puta, cum Moniali, Religioſo, vel Clerico) *carnaliter commiſceatur.* Eſt rurſus pœna ultimi ſupplicii præſcripta in *nov. 123. cap. 42.* qui textus refertur in *c. 30. cauſ. 27. q. 1.* Jure Canonico ſtuprator ſacrilegus, ſi ſit Laicus, excommunicatur, ſi Clericus,

adulterium ſemper & eo jure fuit crimen capitale? An de facto idem inferas? Raptus igitur non aliter videtur fuiſſe crimen capitale, quàm ſi acceſſerit corruptio; in verbis: *Maximè cùm VIRGINITAS, vel CASTITAS corrupta* reſtitui non poſſit. Accedit, quod in textu præſumi videatur raptui accedere actum carnalem, ut indicant verba paulo pòſt: *Qua* (pœna capitalis) *multò magis contra eos obtinere ſancimus, qui nuptas mulieres auſi ſunt rapere; quia DUPLICI* [illegible] *ADULTERII, quàm RAPINÆ,* [illegible] *ADULTERII* [illegible] *adjectione puniri.* Neque dicas: [illegible] raptûs matrimonii cauſâ facta *l. 5. C. de Epiſc. & Cler.* Hoc enim ſolùm verificatur de Virginibus DEO ſacratis, quod in conſequentiam non eſt trahendum, *arg. l. ult. ff. ad L. Jul. Maj.* [illegible] certè eſt benignior, & haud dubiè ſuadenda.

cus, non ſolùm Beneficiis Eccleſiaſticis privatur, ſed ſimul degradatur, & in Monaſterium ad pœnitentiam agendam perpetuò detruditur: Monialis verò, quæ ſtuprum admiſit, in ſtrictius Monaſterium impellitur, vid. *cap. 6. 7. 8. & 30. d. cauſ. 27. q. 1. D. D. Franz b. n. 70.* Refertur

(VIII.) MONSTROSA VENUS, quam, ne caſtas offendamus aures, non tam deſcribimus, quàm potiùs ejus periphraſin ex Conſtantino in *l. 31. C. ad L. Jul. de adult.* referimus. *Cùm vir nubit* (exclamat) *in fœminam viris porrecturam, quid cupiatur, ubi ſexus perdidit locum, ubi ſcelus eſt id, quod non proficit ſcire? ubi venus mutatur in alteram formam, ubi amor quæritur; nec videtur? jubemus inſurgere leges, armari jura gladio ultore, ut exquiſitis pœnis ſubdantur infames, qui ſunt, vel qui futuri ſunt rei.* Huc etiam facit illud *Levit. 20. verſ. 13. 15. & 16.* junctâ *Carolin. art. 116.* Pœna eſt ignis. Refertur

(IX.) BIGAMIA, *cujus criminis ſe reum facit, qui conjuge adhuc vivente, ad alias nuptias avolat.* Pœna eſt pariter, uti in adulterio, tam Jure Juſtinianeo in *nov. 117. c. 10.* quàm Carolino in *art. 121.* capitalis. Hinc accuſandus videtur vel Carolus V. vel Compilatores illius Conſtitutionis criminalis, dum in *cit. art. 121.* ajunt: Und wiewohl die Kayſerliche Rechte auf ſolche Ubelthäter kein Straff am Leben ſetzen ꝛc. Manifeſtus, ùt videtur, error! Verùm abſit tam præſumptuoſa imputatio! Cape potiùs explicationem; & evaneſcet erroneus intellectus. Carolus V. ſtatuit, ut ſive maritus, ſive uxor, altero vivente, ad alia vota transire præſumpſerit, fiat reus ultimi ſupplicii, ſeu pœnæ adulterio præfixæ: Hoc autem jure antiquiori, ſeu Juſtinianeo ita indiſtinctè nullibi ſtatutum legitur. Nam, ſi maritus aliam, ſed ſolutam cognoverit, vel omninò ſuperinduxerit, non eſt Jure Civili adulterium, ex dictis: ſi uxor alteri nupſerit, vel commercium habuerit, non ultimo ſupplicio, ſed in Monaſterium detrudebatur, *d. nov. 134. c. 10.* conſequenter benè dicitur, jure anteriori pro his caſibus non fuiſſe impoſitam pœnam ultimi ſupplicii, quæ ſolummodò tunc obtinebat, ſi maritus cum uxore alterius (de quo caſu, utpote rariſſimo, nec tam bigamiam, quàm potiùs duplicatum adulterium reſpiciente, Imp. Carolus non cogitavit, *arg. l. 10. ff. de ll.*) commiſceatur. *Carpzov. ubi ſupra p. 2. q. 76. num. 23. & ſeqq.* Refertur

(X.) FORNICATIO, quæ, uti ultima inter delicta carnis ordine, ita, prô pudor! frequentiſſima, dicitur, *ſi quis commercium habeat cum proſtibulo, ſeu tali fœmina, quæ promiſcuè ſe ſe ſubſternit, pluresque admittit,* vid. *l. 43. pr. & 55. ſeqq. ff. de Rit. Nupt.* Pœna eſt arbitraria, habito tamen reſpectu, an delinquens ſæpiùs fuerit punitus ob majorem, quæ exinde elucet, incorrigibilitatem. Refertur

Digitized by Google

16 (XI.) VIS PUBLICA, quæ eſt *delictum publicum, quo ſecuritas publica armis læditur, quod contingit, ſi quis turbæ faciendæ causâ armatos domi teneat, l. 3. pr. ff. ad L. Jul. de vi publ.* vel, ſi convocatis hominibus armatis, vim faciat ad alterum verberandum, vulnerandum, aut pulſandum, *l. 10. §. 1. ff. eod.* villas expugnando, & bona armis rapiendo, *d. l. 3. §. 2. ff. d. t.* vid. *Carpzov. d. l. part. 1. q. 40. n. 9.* His non refragatur, quòd vis publica ſine armis fieri poſſit, uti contingit in ſtupro violento, *l. 29. §. ult. ff. ad L. Jul. de adult. Schamb. ad §. 8. b.* Nam in *d. l.* nihil habetur, utrùm cum, vel ſine armis raptus, ſeu ſtuprum violentum fuerit commiſſum; hinc ſupponendum, adfuiſſe arma, ſeu armatos, quorum ſubſidio violentia fuit exercita. Neque plus evincitur ex *l. 8. & ult. ff. ad L. Jul. de vi publ.* Per arma autem intelliguntur omnia inſtrumenta nociva, *l. 9. l. 11. §. 1. ff. d. t. l. 3. §. 2. ff. de vi, & vi arm.* Species videri poſſunt apud *Voet. ff. d. t.* Pœna eſt deportatio, *§. 8. b.* imò quandoque ultimum ſupplicium, vid. *d. l. 3. §. 2. & 6. l. 11. ff. d. t.* Si concurrat cum crimine fractæ pacis, quod contingit, ſi vis adeò ſit potens, & atrox, ut ei reſiſti nequeat, eſt Bannum Imperii, *R. I. de An. 1548. tit.* die Pœn der Frid-Brecher. Refertur

(XII.) VIS PRIVATA, *quando ſecuritas publica ſine armis læditur. Hac lege tenetur* (ait Scævola in *l. 2. ff. ad L. Jul. de vi priv.*) *qui convocatis hominibus* (non armatis) *vim fecerit, quo quis verberaretur, vel pulſaretur, neque homo occiſus erit*, vid. alia exempla in *l. 4. & ſeqq. ff. eod.* Hujus delicti Reus mulctatur tertia parte bonorum, ſimúlque incurrit infamiam, *l. 1. pr. ff. d. t. §. 8.* Referuntur huc ulteriùs variæ ſpecies homicidii, & quidem

(XIII.) HOMICIDIUM IN SPECIE, SEU SIMPLEX. *Quô homo hominem dolô malô vita privat.* Dixi: *dolô malô;* ſi enim ex inadvertentia (niſi ſit craſſa, quo caſu pœna extraordinaria obtinebit, *arg. l. 7. ff. ad L. Cor. de ſic.* vid. caſus notabiles apud *Hub. ibid. n. 5.*) aut caſu fortuito, nullâ videlicet culpâ interveniente, vel ex cauſa neceſſariæ defenſionis homicidium contigerit, aut patratum ſit, non huc ſpectat, vid. *cit. Car. art. 139. & 146.* Num dolus adfuerit, in dubio ex circumſtantiis, tum illati vulneris, tum inſtrumenti, *l. 1. §. 3. ff. ad L. Cor. de ſic.* tum loci, aut temporis, aliíſque concurrentibus, eſt deſumendum. *Hub. h. num. 8.* Homicidium autem dolô commiſſum punitur gladiô, *§. 5. b.* Num verò hæc pœna jam Lege Cornelia, quod velle videtur Tribonianus in *d. §. 5. b.* num Lege noviori, uti innuit *l. 3. §. pen. l. pen. ff. ad L. Cor. de ſic.* ubi deportatio præfixa legitur, non disquirimus. Interim vid. *Conſt. Crim. art. 137. & 148.* Illud præterea eſt notâ dignum, mitigari debere pœnam ordinariam, ſi præceſſerit juſtus dolor, eſto homi-

micida exceſſerit moderamen inculpatæ tutelæ, uti monuimus *tit. de L. Aquil. n.3. in fin.* In dubio probandum eſt moderamen, quia ſtat præſumptio contra homicidam, *arg. l. 1. C. ad Leg. Cor. de ſic.* Non tamen exiſtimes, quemlibet juſtum dolorem, vel iracundiam, aut impetum excuſare à pœna ordinaria; aliàs quippe vix erit homicida, qui pœnâ ordinariâ affici poterit, cùm ſemper præcedere ſoleat aliqualis juſtus dolor, iracundia, vel impetus: Interim tamen hæc omnia comitantur animus, dolus, ac voluntas. „ Nobis, inquit Seneca *lib. 2. de ira c. 1.* „ placet, nihil ipſam iram per ſe audere, ſed animo approbante: Nam „ ſpeciem capere acceptæ injuriæ, & ultionem ejus concupiſcere, & „ utrumque conjungere, nec lædi ſe debuiſſe, & vindicari debere, non „ eſt ejus impetûs, qui ſine voluntate noſtra concitetur: ille ſimplex, „ hic compoſitus, & plura continens. Intellexit aliquid: indignatus eſt: „ damnavit: ulciſcitur: hæc non poſſunt fieri, niſi animus ejus, qui „ tangebatur, aſſenſus eſt. „ Ex quibus infert Voët. *ad L. Jul. de ſic. n.9.* eum, qui ad præviam injuriam verbalem alterum occidit, vix à pœna ordinaria abſolvendum. (a) Tranſit tamen ob varios modos, quibus committitur, in varias ſpecies. Unde refertur

(XIV.) LATROCINIUM, *quo homo hominem prædæ causâ perimit.* Punitur Rotâ, ſæpè *cit. Car. art. 137.* Refertur

(XV.) ASSASSINIUM, quod juxta D. Blumblach ad *cit. art. 137. num. ult.* à certis populis Aſiam habitantibus, huic delicto deditis, nomen traxit, eſt *delictum publicum, quo homo ab homine, mercede conducto* (vulgò Banditen) *occiditur.* Pœna rurſus ſolet eſſe Rota cum prævia exaſperatione. *Carpz. loc. cit. p. 1. q. 19. n. 13.* Neque pœna capitali exemptus erit ille, qui conduxit, ſeu mandavit, *l. 15. §. 1. ff. ad L. Cor. de ſic.* ibi: *Mandator cædis pro homicida habetur.* Quid, ſi tantùm mandavit, ut vulnus infligatur, expreſsè prohibendo, ne occidat? Excuſandus erit mandans, & pœnâ ordinariâ non afficiendus, ſi ex mandato conſtare poſ-

(a) Cæterùm, ut alibi diximus, parùm refert, utrùm manu ſua quis occidat, an mortis cauſam præbeat, *l. 15. ff. ad L. Corn. de ſic.* ut ſi quis naufragos ſuppreſſerit, vel dolo malo fecerit, quò minùs ipſis ſubveniatur. *l. 3. §. ult. de incend. ruin. nauf.* Aut dolosè in caput alterius teſtimonium dixerit. *l. 1. pr. & §. 1. d. l. 3. §. 4. ad L. Corn. de Sic.* Quid, ſi quis hominem non occidit, ſed vulneravit, ut occidat? *pro homicida damnandum* ait Marcianus in *d. l. 1. § 3. ff. eod.* Et hoc ex re conſtituendum, addit; *Nam*, pergit, *ſi gladium* (rectè ſi clavi vel cucuma) *ſtrinxerit, & in eo percuſſerit, indubitatè occidendi animo id admiſiſſe.* Verùm ut ut de juris rigore hæc vera ſint, in praxi tamen, effectu non ſecuto, vix ac ne vix quidem ad pœnam ordinariam ſiet proceſſus. Illud cave, ne ſub pœna Legis Corneliæ ſemper intelligas pœnam Capitis naturalis: Hoc enim repugnare Legis ſenſui ſatis colligitur ex Laud Marciano in *l. 3. §. 5. ff. d. t. Legis Corneliæ de ſicariis & veneficiis pœna inſulæ deportatio eſt* (inquit) *& omnium bonorum ademptio.*

Digitized by Google

poſſit, defuiſſe animum occidendi, puta, quòd inſtrumenti genus ad occidendum ineptum præſcripſerit; mandatarius verò aliô uſus fuerit, quia exceſſit fines mandati. Et, quamvis vulnera non dentur ad menſuram, vel maximè tamen attendendum ad animum efficacem mandantis, qui ad cædem hoc caſu (niſi per accidens, & omninò contra intentionem) haud concurrit, vid. *Voët. ff. d. t. num. 3.* (a) Refertur

(XVI.) VENEFICIUM, *quô homo venenô malô ab homine perimitur.* Maſculus punitur Rotâ; fœmina aquis ſuffocatur, *cit. Conſtit. crim. art. 130.* Sed, cur graviùs punitur, qui venenô, quàm, qui telô occidit? quia illud minùs, quàm hoc præcaveri poteſt. Unde benè ait Antoninus in *l. 1. C. de maleſ. & mathem. Plus eſt hominem extinguere venenô, quàm occidere gladiô.* Ut igitur huic malo præveniatur, prohibita eſt promiſcua veneni venditio, atque coëmptio, quæ fieri non debet, niſi inter perſonas fide, ac moribus integras, in quas nulla cadere poteſt ſuſpicio mali, conſul. *Carpz. d. part. 1. q. 20. n. 5. & ſeqq.* Cæterùm non ſufficit jure communi (aliter hic loci) conatus, cùm nullibi veneficii conatus pœnâ ordinariâ puniendus expreſsè legatur. Ita poſt Carpzov. *d. l. q. 21. num. 33. & ſeq.* probabiliùs defendit Blumblach, ad *cit. Car. art. 130. num. 4.* Non obſunt verba Carolinæ: an Leib, oder Leben; Nam non eſt novum, verba disjunctiva, præſertim, ſi in mitius tendant, debere ſumi copulativè, *arg. l. 53. ff. de V. S.* Non obſtat ulteriùs *l. 1. in fin. ff. ad L. Cor. de parricid.* ubi pœnâ Legis Corneliæ tenetur is, qui venenum emit, ut patri daret: Quia caſus iſte non eſt ultra terminos (agitur de parricidio) extendendus. Accedit, quòd ſub pœna Legis Corneliæ non ſemper intelligatur capitalis, *arg. l. 3. §. pen. ff. ad L. Cor. de ſic.* Reſponderi etiam poteſt, hunc rigorem de conatu, vel in Germania non fuiſſe receptum, vel, quod noſtræ doctrinæ in proœmio ad finem magis convenit, in deſuetudinem abiiſſe. Veneficis junguntur, qui ſuſurris magicis homines occidunt, quò referuntur Mathe-

(a) Dices: mandans dedit cauſam mortis, & hinc pœna ordinaria erit coërcendus *arg. l. 15. ff. ad L. Cor. de ſic.* Procederet inſtantia, ſi directè cauſam mortis dediſſet. Non item, ſi præter, imò contra intentionem, ſeu ex culpa, vel dolo mandatarii homicidium ſecutum eſt. Equidem non vulneris, ſed CÆDIS mandator pro homicida habetur *d. l. 15.* Profectò ſi aliter ſtatuamus, eo deveniendum erit, ut & jaculatores, putatores, mulieres, & medici, ſi per imperitiam, ſive imprudentiam mortis cauſam dederint, morte forent mulctandi. Nec magis urget, quòd, qui occaſionem damni præſtat, damnum feciſſe videatur. *l. 3. §. pen. in fin. ff. ad L. Aquil.* juncta *l. 51. pr. ff. eod.* Cùm ejuſmodi locutiones generales tantùm de Lege Aquilia, de qua ſunt conceptæ, & ubi aliunde ſufficit culpa leviſſima, ſint intelligendæ, & ad Legem Corneliam, in qua dolo opus eſt, nullatenus trahendæ. Inſtabis hic. Mandans utique dolosè egit, dum vulnus mandavit infligi. In tantum verum dicis; ſed intuitu ſecutæ cædis, ad ſummum culpæ leviſſimæ reus eſt.

Digitized by Google

thematici, haruſpices, harioli, augures, ſortilegi, qui ſuas artes ad hominis interfecionem exercent, *l. 2. 3. 4. 5. & 8. Cod. de Mathem. & malef. Hub. h. num. 8.* Refertur

(XVII.) PARRICIDIUM, *quo homo hominem ſanguine, vel affinitate junctum interficit.* Pœna non eſt uniformis, ſed variat, uti ipſum crimen; ſiquidem vel patratur inter conſanguineos, aut affines in recta linea, qui nimirum parentum nomine veniunt, vel inter collaterales: Si prius *Novâ* (id eſt, ſingulariter excogitata, inexſpectata, aliàs quippe antiqua eſt, vid. deſuper *Voët. ff. ad L. Pomp. de parricid. num. 2.*) *pœnâ* coërcetur. *§. 6. h.* Nam Parricida virgis ſanguineis verberatus, *l. 9. pr. ff. ad L. Pomp. de parricid. culeóque inſutus cum cane, & gallo gallinaceo, & vipera, & ſimia, & inter eas ferales anguſtias comprehenſus (ſecundùm quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur, ut omnium Elementorum uſu vivus carere incipiat, & ei cœlum ſuperſtiti, & terra mortuo auferatur.* Ita invehitur non immeritò Imperator in *§. 6. h.* cui jam præceſſit Conſtantinus in *l. un. Cod. de his, qui filios ſuos occid.* Huc pertinent illa, quæ diſertè extollit Cicero pro Roſcio: „Nónne „videntur, inquiens, hunc hominem ex rerum natura ſuſtuliſſe, & eri„puiſſe, uti repentè cœlum, aquam, terrámque ademerunt, ut, qui „eum necâſſet, unde ipſe natus eſſet, careretque iis rebus omnibus, ex „quibus omnia nata eſſe dicuntur? Noluerunt feris corpus objicere, ne „beſtiis quoque, quæ tantùm ſcelus attigiſſent, immanioribus uteremur. „Non ſic nudos in flumen dejicere, ne, cùm delati eſſent in mare, ipſum „polluerent, quo cætera, quæ violata ſunt, expiari putentur: Deni„que nihil tam vile, tam vulgare eſt, cujus partem ullam reliquerint: „Etenim quid tam commune eſt, quàm ſpiritus vivis, terra mortuis, „mare fluctuantibus, litus ejectis? Ita vivunt, dum poſſunt, ut ducere „animam de cœlo non queant. Ita moriuntur, ut eorum oſſa terra „non tangat. Ita jactantur fluctibus, ut nunquam abluantur, ita po„ſtremò ejiciuntur, ut ne ad ſaxa quidem mortui conquieſcant.„ Huc facit quoque illud Ovidii *l. 8. Metamorph.* 17

Dii te ſubmoveant, ô noſtri infamia ſecli!
Orbe ſuo, tellúſque tibi, pontúſque negatur.

Paulò aliter circa infanticidas progreditur Carolus V. in ſua *Conſt. Crim. art. 131. & 133.* ſubſtituitque, ut aquis ſuffocentur, vel vivi ſepeliantur, vel, ad evitandum periculum deſperationis, prævia per candentes forfices (in vernacula, durch glüende Zangen) exaſperatione decapitentur. At hic, antequam pergamus, eruditi cupis, quænam fuerit ratio ſupradictæ pœnæ? Quid canis cum delinquente? Ut ab ejus fideli-

tate, quâ, eſto irrationalis, erga homines fertur, ſuam infidelitatem homo rationalis agnoſcat, & ita magis crucietur, vel, quod alii volunt, ut ejus fame perciti voracitate laceratus pro cibo ſerviat. Quid gallus gallinaceus? Ut per ejus cantum publicetur parricidæ ſupplicium: Quid vipera? Quia & hæc ſe hujus delicti noxiam facit, cùm exeſo parentis utero in lucem prorumpat; vel, quia homini maximum ſemper terrorem incutit. Quid ſimia? Quia hæc perfectiùs hominum mores imitatur, ut nulla ſit facinoris tam atrox apud homines imitatio; vel, quia catulos ſuos præ amore necare ſolet: vel denique, quia ſimia, præter humanam quamdam ſimilitudinem, nil habet hominis, ùt & parricida. Vid. de his omnibus latè *Carpz. p. 1. q. 8. & 9.* (a) At quæritur ulteriùs, cur tantùm de avo, & non de patre fiat mentio in *d. l. l. 1. ff. ad L. Pomp. de parricid.?* Quia reſpectu patris, haud dubiè ob patriam poteſtatem reputabatur pro ſimplici homicidio. *Hub. h. n. 9.* Si poſterius: id eſt, ſi hoc homicidium inter collaterales patratum ſit, eſt eadem pœna, quæ homicidii in ſpecie, *d. §. 6. in fin. h. d. l. 9. §. 1. ff. ad L. Pomp. de parricid.* Refertur

(XVIII.) CRIMEN FALSI, *quo veritas in præjudicium alterius doloſè ſupprimitur, aut omninò immutatur, l. 1. pr. l. 23. ff. ad L. Cor. de falſ.* Contingere poteſt variis modis, & quidem *Verbis*, ùt, ſi quis falſum teſtimonium dicat, & talis ſubjicitur pœnæ talionis. *Conſtit. Carol. art. 68.* Quid, ſi pecuniâ corruptus dicat, vel non dicat teſtimonium? Incidit in crimen falſi, eſto verum dixerit, *l. 1. §. 2. ff. ad L. Cor. de falſ. Scripturâ*, ſi conficiat, ſubſignet, aut ſubſcribat falſum inſtrumentum. In ſervis erat ultimum ſupplicium; in libero homine eſt deportatio, *§. 7. h. Uſu, ſeu Abuſu*, ſi quis utatur falſis menſuris, falſis litteris, ſeu inſtrumentis, diplomatibus: Injuncta eſt Relegatio, aut etiam Deportatio; vid *l. pen. & ult. ff. d. t. Facto*: ſi falſam monetam cudat, aut ab alio cuſam corradat, & ſcienter expendat, conſulat. *l. 9. pr. §. 1. & 2. l. 19. pr. ff. d. t.* Hujus pœ-

(a) Delicti hujus atrocitas exinde ſatis eruitur, quòd neque Solon Athenienſium Legiſlator Sapientiſſimus: Neque Romulus orbis Romani Author ulla Lege de parricidio caverint, ùt de illo teſtatur Cicero pro Roſcio: De iſto Plutarchus in vita Romuli; Exiſtimabant quippe, neminem tam immanem fore, ut tanti criminis ſe reum faceret. Imò ſucceſſu temporis, ſi quis parricidam occiderit non modò impunis, ſed laude dignus habebatur, ùt probatur ex Land. Plutarcho in vita Timoleontis. Erant duo à Nicera miſſi, ut Timoleontem interficerent: ictus fefellit, dum eorum alter Socium Timoleonti adſtantem inceuté occidit, & fuga ſibi conſuluit. Captus, Timoleonte ſalvo, ſe, ſuámque inadvertentiam excuſat; & ideo indulgentiam obtinet, quòd is, qui interfectus fuerat, apud Leontinos patrem necâſſet; Idcirco ille ipſo, quem occidere intenderat, approbante pœnam omnem (haud dubiè DEI Judicio tam immanis ſceleris vindicis) evaſit. Similiter quanta immanitate ſoleant, non raró parentes præſertim illegitimi) infantes perimere, per exempla oſtendit *cit. Carpz. d. quæſt. 9.*

Digitized by Google

pœna eſt ignis, ſi verò tantùm radat, die rechte Schwäre benimmet, oder ſtutzet (idem, ſi nullo jure monetandi præditus, bonam monetam cudat) eſt pœna arbitraria, *Ord. Crim. art. 111.* Refertur

(XIX.) CRIMEN REPETUNDARUM (ex eo dictum, quòd pecunia repetatur, & danti reſtituatur) quo ſe obſtringit ille, qui in officio publico conſtitutus aliquid accipit, ut officio ſuo fungatur, vel, ut magis, aut minus quid ex officio ſuo faciat, *l. 1. junctâ l. 3. & 4. ff. ad L. Jul. Repet.* Reus hujus criminis præter quadruplum, quod reddere obſtringitur, morte, exiliô, verberibûs, bonorum confiſcatione pro modo improbitatis, ùt inquit *D. D. Franz h. t. num. 83.* coërcetur, effato Ulpiani, alibi à nobis allegato in *l. 6. §. 3. ff. de offic. Proconſ.* Vocatur barbarè Barataria, quod permutare ſignificabat, quaſi juſtitia pro pecunia permutetur. Refertur

(XX.) CRIMEN VEXATÆ ANNONÆ, *cui ſe obnoxium reddit, qui annonam publicam dolô malô cariorem facit, l. 2. pr. ff. ad L. Jul. de annon.* Accidit hoc, dum Dardanarii, (a) Auf- oder Vor-Kauffer, Korn-Juden, annonam viliori pretio (quod plerumque fieri ſolet ſub Autumnum)

(a) A Dardano profligatiſſimo quondam & contaminatiſſimo Mago, qui maleficis artibus annonam in granaria ſua avertere, & menſuras in admetiendo minuere ſolitus erat. *Stryck. Antiq. Conviv. Lib. 2. c. 12.* Habetur de his ſpecialis mentio in *l. 6. ff. de extraord. crim. & in l. 37. ff. de pœn.* Hoc etiam ſpectant non tantùm, qui annonam coëmunt, ut cariorem reddant; ſed etiam, qui majus lucrum exſpectantes ſuos proprios fructus juſto pretio vendere recuſant, aut etiam, qui menſuras, ſeu pondera vitiant, & falſificant, vel adulterinis utuntur. *citt. ſuprà tt.* quibus addi poteſt *Refor. Pol. de Ann. 1548. tit. 18.* nec non *Stryck. Diſput. de Dardan. c. 2. & 7.* Pœna horum Euclionum (non hominum, ſed veriùs dicam, immanium ferarum vitam proximo ſuo invidentium, &, ùt loqui amant, pullorum milvinorum, quibus plumæ uſque ad ſanguinem, præſertim hac, qua vivimus, ætate, ubi ſummum experimur annonæ defectum, evelli deberent) vi *cit. l. 6.* eſt negotiationis interdictio, & inſuper quoad honeſtiores (ſi tamen hoc nomine compellandos credis) relegatio, humiliores autem in opus publicum damnatio, ita tamen, ut hoc non ſimpliciter univerſale ſit, ſed pœna pro diverſitate circumſtantiarum augeri, & minui poſſit, quia Dardanariatus eſt delictum extraordinarium. *d. l. 37. ff. de pœn.* In Legibus Imperii confiſcatio bonorum omnium dictatur unà cum relegatione *cit. Reform. Polit. de Ann. 1548. tit. 18.* Item de *Ann. 1577. tit. 18.* Et meritiſſimè! Bonis utique ſe indignum facit, qui aliis ad vitam neceſſaria ſubtrahit, ſéque ſolùm diligit, nec dignus Reipublicæ conſortio, qui ejus tranquillitatem tam turpi, atque inhumano lucro turbare non erubeſcit. Mores paſſim variant. Sanè adhuc immaniùs contra Rempublicam agunt, qui ingruente annonæ inopia frumentum, aliáque ſimilia ob modicum fortè lucellum contra expreſſiſſimas prohibitiones, pœnaléſque ſanctiones cum maximo, præſertim pauperiorum, detrimento exportant, & Rempublicam exemplo deteſtando non ùt membra, ſed ùt hoſtes ſummè noxii affligunt. Inde eſt, quòd pœna Dardanariatûs interdum propter gravitatem circumſtantiarum ad ultimum ſupplicium queat extendi, ùt ſi propter annonæ caritatem ære deſtitutis pereundum fuerit, ùt habet Stryck. *de extraord. crimin. §. 7.*

Digitized by Google

num) coëmunt, ut Veris tempore, ubi deficit, cariorì, eóque intolerabili, vendant. Pleſtuntur ejusmodi ſanguiſugæ pœnâ 20. aureorum in *d. l. 2. §. 2.* Sed meliùs dixeris, eſſe pœnam arbitrariam, conſul. *l. 6. ff. de extraord. crimin.* Refertur

(XXI.) PECULATUS, hujus criminis ſe reum facit, *qui Pecuniam ſacram Religioſam* (quod tamen incidit in Sacrilegium, *l. 9. §. 1. ff. ad Leg. Jul. pecul.*) *publicámve furtivè aufert, atque in ſuam rem vertit*, *l. 1. d. l. 9. §. 2. ff. eod.* Dixi: *Publicámve.* Quid, ſi fuerit pecunia Civitatis? *Ob pecuniam Civitati ſubtractam* (eſt reſponſum Papiniani in *l. 81. ff. de furt.*) *Actione furti, NON CRIMINE PECULATUS tenetur.* Rationem ſubminiſtrat Ulpianus in *l. 14. ff. de V. S.* *Bona*, inquit, *Civitatis abuſive publica dicta ſunt, ſola enim ea publica ſunt, quæ populi Romani ſunt.* Contrà ſentit Marcianus in *l. 4. §. fin. ff. de L. Jul. pec.* ibi: *Sed, & ſi de re Civitatis aliquid ſubripiatur Conſtitutionibus Principum Divorum Trajani, & Hadriani cavetur PECULATUS CRIMEN COMMITTI, & hoc jure utimur.* Jam cui primas deferes? Papinianus tempore fuit poſterior illis Cæſaribus; Marcianus Papiniano coævus, & poſterior; vixit enim ſub Alexandro Severo; Papinianus ſub Caracalla cecidit; tempore igitur Papinianus vincere non poteſt: authoritate nihilo magis contra duos Cæſares, & JCtum; uti enim ſingulos vincebat, ita duobus cedere debuerat, *l. 1. Cod. Theod. de Reſponſ. Prud.* Vide-ſis, num Marcianus non poſſit intelligi de pecunia civitatis Romæ; Papinianus verò de pecunia aliarum civitatum inferiorum. Alias conciliationes affert *Schambog. b. ad §. 9.* vid. *Voët. ff. ad L. Jul. pecul. num. 1.* (a) Si ipſi Admi-

(a) Alciatus exiſtimat, textui Papiniani addendam particulam NEC, & legendum: *Actione furti, NEC NON CRIMINE PECULATUS.* Petrus Faber ait, Papinianum reſpexiſſe ad L. Jul. peculatûs, quæ de civitate tantùm Rom. loquebatur; Marcianum juxta Principum Conſtitutiones & ad uſum ſui temporis ſcripſiſſe. Decianus diſtinguit inter Civitates Superiorem cognoſcentes, vel non recognoſcentes. Sed quid hæc diſtinctio ad Jus Romanum? Voetius ita explicat: Ex Lege Julia bona civitatis ad crimen peculatûs trahi nequeunt, cùm non ſint verè publica; habentur enim civitates locó privatorum *l. 15. & 16. ff. de V. S.* Secùs dicendum ex Trajani & Hadriani Conſtitutione à Marciano relata in *d. l. 4 § fin. ad L. Jul. pecul.* Siquidem & aliis Legum pœnas ad crimina publica de ſe ſpectantes vel SCtis, vel Principum Reſcriptis ad alia facta extenſas ſcimus. Si hoc, ais, ita eſt, cur ergo contrarium ſcripſit Papinianus. An has Conſtitutiones, vel uſum bene introductum ignoravit verſatiſſimus JCtus? Hoc minimè! Interim tamen non rarò inſeruntur veſtigia Juris veteris, eſto mutatio quædam contigerit. Patet hoc ex *l. 1. ff. de ſuppell. Leg.* ubi Pomponius ſupellectilem deſcribit, quòd ſit domeſticum patrisfamilias inſtrumentum, quod neque argento, auróve facto, vel veſti adnumeretur, cùm tamen jam antea referente Celſo in *l. 7. §. 1. ff. d. t.* hoc fuerit immutatum, ita, ut potiùs ſpecies, quàm materia, utrùm aurum, argentum, vel quid aliud, ſpectanda ſit. Idem colligimus ex *§ 5. de J. N.*

Digitized by Google

miniſtratores quid ſimile commiſerint, pœna capitalis eſt, *§. 9. h.* ſi alii, deportantur in Inſulam, vel damnantur ad metalla, *l. 6. §. fin. ff. ad L. Jul. pecul.* Exiſtimat quidem *Hopp. h. ad §. 9.* ſi illi, quorum fidei eſt pecunia commiſſa, abſtulerint, eſſe crimen Reſidui, de quo mox infrà. Aſſentirer haud dubiè, ſi hanc opinionem ferret, *§. 11. h.* ubi reſidui crimen quid aliud indicare neceſſariò innuitur; ſiquidem aliud eſt auferre, ſeu tollere pecuniam, quod ſpeciem furti indicat; aliud reticere, vel ad alios uſus acceptam retinere, aut non juxta illos erogare, quod in crimen de Reſiduis incidit. Illud quid turpius, quàm iſtud importat. Impoſuit fortè Authori, *l. 9. §. 2. ff. d. t.* ubi Peculatus dicitur, ſi furtum pecuniæ publicæ, *non ab eo factum ſit, cujus periculo fuit.* Benè habet textus; ille enim, qui ſuo periculo habet, tantundem tenetur reſtituere; Hinc non quæritur, quò pecuniam, quam ſuo periculo trajiciendam fortè ſuſcepit, applicaverit, ſed ad tantundem reſtituendum convenitur; hinc nec furtum, nec peculatus locum habere poteſt, *arg. d. l. 9. §. 4. Hub. ff. d. t. num. 1.* quod ad Adminiſtratores, qui pecuniam ſuo periculo non conduxerunt, trahi nec debet, nec poteſt. Refertur itaque

(XXII.) CRIMEN DE RESIDUIS, quo *tenetur is* (ita ſcribit Marcianus in *l. 4. §. 3. ff. d. t.*) *apud quem ex locatione, emptione, alimentaria ratione ex pecunia, quam accepit, aliâve qua cauſa, pecunia* (dolô malô) *reſedet. Sed & qui* (ita pergit in *§. 4. cit. l.*) *publicam pecuniam in uſus aliquos acceptam retinuerit, nec erogaverit.* Neque per ſe opus eſt, ut authoritate publica ſit conſtitutus ad cuſtodiam pecuniæ publicæ habendam, cùm & conductor hujus criminis ſe reum faciat, uti patet ex *citt. texx. Hac lege damnatus ampliùs tertia parte, quam debet* (ſeu retinuit) *punitur.* Sunt verba *§. 5. ibid.* Refertur

(XXIII.) AMBITUS, *quem ille committit, qui corruptis ſuffragiis honores, ac dignitates ambit.* Unde non ineptè vocaveris Simoniam ſæcularem ob affinitatem, quam habere videtur cum Simonia verè tali. Olim in ſtatu populari, ubi dignitates per ſuffragia conferebantur, frequentiùs, quàm hodie, ubi gratiâ Principis plerumque concedi ſolent, crimen hoc occurrebat, *arg. l. 1. princ. ff. ad L. Jul. de ambit.* de hujus origine videri poteſt *Hub. ff. d. t. n. 1.* quandoque pœna 100. aureorum junctâ infamiâ, quandoque etiam deportatione coërcetur, *d. l. 1. §. 1. l. un. C. d. t.* Speciem facti deſuper cum annexo Reſponſo exhibet Stryk. *U. M. P. d. t.* Refertur denique

 (XXIV.)

J. N. G. & C. **nec non ex *l. 35. §. 1. ff. de V.*** **Cæterùm variis modis committitur peculatus, ut oſtendunt, & declarant textus ſub hac rubrica contenti, & enumerat *Voët. ibid. num. 2.***

(XXIV.) PLAGIUM, quod ab eo committitur, ***qui hominem liberum, vel ſervum alienum dolô malô ſupprimit, celat, abducit.*** Idem dicendum, ſi hominem liberum ſcienter vendat, vel in dotem dederit. Pœna, ob ejus apud Romanos frequentiam erat capitalis, *§. 10. h. t. l. 7. & ult. Cod. ad L. Jul. de plagiar.* Rarior erit hodie hujus materiæ uſus, poſtquam ejusmodi venditiones, ſervitute abrogata, in deſuetudinem abierunt. Obtinebit tamen caſu, quo maſculum, vel fœminam liberæ conditionis ab alio occultari contigerit. *Hæc de Publicis Judiciis* (omniúmque quatuor Inſtitutionum Libris) *expoſuimus, ut Juris Tyronibus* (ita cum Imperatore noſtro hanc Manuductionem, quam boni, æquique conſule, abſolvimus) *poſſibile ſit ſummô digitô, & quaſi per indicem, ea tetigiſſe; alioqui diligentior eorum ſcientia ex latioribus Digeſtorum, ſeu Pandectarum Libris* (quos, ſi Superi vires, Lector verò benevolum animum dederint, exponemus) *DEO propitio adventura
eſt*, quæ pariter (ita ſperamus, ita enixè precamur)
unà cum his pagellis manuducet,

UT
IN OMNIBUS GLORIFIECTUR
D E U S.

2511928 D

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

B.17.5.34
BNCF.
Digitized by Google